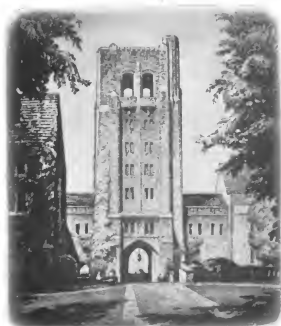





CORNELL UNIVERSITY LIBRARY
3 1924 062 073 774

Schweizerische
Zeitschrift für Strafrecht
REVUE PÉNALE SUISSE

In Verbindung
mit den Professoren des Strafrechts der schweizerischen Hochschulen:

G. Favey Lausanne — **Alfred Gautier** Genf — **F. H. Mentha** Neuenburg
A. Teichmann Basel — **Emil Zürcher** Zürich

und

Emilio Brusa Professor des Strafrechts, Turin — **Heinrich David** Regierungsrat, Basel — **Emile Garçon** Professor des Strafrechts, Lille
L. Guillaume Direktor des eidg. stat. Bureau — **H. Hafner** Bundesrichter, Lausanne — **Hanns Gross** Landesgerichtsrat, Graz
J. V. Hürbin Strafanstaltsdirektor, Lenzburg — **Heinrich Lammasch** Professor des Strafrechts, Wien — **K. von Lilienthal** Professor des Strafrechts, Heidelberg
Fr. Meili Professor der Rechte, Zürich — **Ernest Picot** Président de la Cour de Justice, Genève — **Emil Rott** Vicepräsident des Bundesgerichts, Lausanne
Leo Weber Bundesrichter, Lausanne

herausgegeben von

Carl Stooss
Professor des Strafrechts in Wien.

Zehnter Jahrgang.

Bern.
Expedition der Buchdruckerei Stämpfli & Cie.

Im Buchhandel zu beziehen durch *Georg & Co.*, Verlag in Basel.
1897.

Inhaltsverzeichnis. — TABLE DES MATIÈRES.

Die Strafgesetzgebung des Bundes und der Kantone.

Législation fédérale et cantonale.

Entscheidungen in Strafsachen. — Jurisprudence pénale.

I. Bundesgericht. — Tribunal fédéral.

Mitgeteilt von Dr. *Emil Rott*, Vicepräsidenten des Bundesgerichts, in Lausanne.

II. Bundesrat. — Conseil fédéral.

III. Militärkassationsgericht. — Tribunal militaire de cassation.

Mitgeteilt von Oberst Dr. *Leo Weber* in Bern.

IV. Kantonale Gerichte. — Tribunaux cantonaux.

Aus der Praxis der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern in den Jahren 1893—1896. Mitgeteilt von Fürsprech *W. Ernst*, I. Kammerschreiber des Obergerichts des Kantons Bern.

A. Bundesstrafrecht.

B. Bernisches Strafrecht.

Entscheidungen des Kassationsgerichtes des Kantons Zürich. Mitgeteilt von Prof. Dr. *Zürcher* in Zürich.

Litteratur-Anzeigen. — Bibliographie.

Strafrechtszeitung. — Nouvelles pénales.

Strafrecht.

Strafvollzug.

Redigiert von *J. V. Hürbin.*

Polizei.

Massnahmen zur Vorbeugung gegen Verbrechen.

Körperliche Strafen in der Schule.

Personalnachrichten.

Anhang. — Supplément.

Kanton Zürich.

Canton de Vaud.

Kanton Bern.



Aufgaben und Vorbildung des Untersuchungsbeamten.

Von

Professor *Zürcher* in Zürich.

Die Fragen, auf welche wir hier die Aufmerksamkeit hinlenken möchten, liegen abseits vom grossen Kampfplatz der neuen Ideen im Strafrecht. Es sind Fragen des täglichen Lebens, wichtig wie das tägliche Leben selber, aber sie sind nicht geeignet, die Geister und die Massen zu bewegen, und müssen daher von Zeit zu Zeit recht eigentlich ausgegraben werden, sobald es notwendig erscheint, dem stillen Wirken des Untersuchungsbeamten neue Anregungen und günstigere Vorbedingungen dadurch zuzuführen, dass das Interesse weiterer Kreise geweckt wird.

Allerdings ist die Thätigkeit des Untersuchungsbeamten nicht ganz unberührt geblieben von den grossen Umwälzungen im Strafrecht und Strafprozess des letzten Jahrhunderts.

Nach einer Richtung war es die Stellung des Untersuchungsbeamten, die sich durchaus geändert. Im alten Inquisitionsprozess war der Richter selber Untersuchender. Jede moderne Gerichtsorganisation oder Prozessordnung geht davon aus, dass der Untersuchende eine von der Person des urteilenden Richters verschiedene sein müsse. Alles weitere dagegen steht zur Zeit noch in Frage. Im Verhältnis zum urteilenden Gerichte erscheint der Untersuchungsbeamte bald untergeordnet, bald selbständig. Das Gleiche zeigt sich im Verhältnis zum Ankläger, Unterordnung oder Zusammenwirken, ja wir haben sogar Kantone, in denen der Ankläger selbst Untersuchungsbeamter ist. Endlich ist auch das Verhältnis zum Polizeicorps ein verschiedenes; der Untersuchungsbeamte kann Chef der gerichtlichen Polizei

sein, es können ihm dauernd oder vorübergehend Polizeisoldaten zugeteilt werden, er kann aber auch angewiesen sein, mittelst Ersuchschreiben im einzelnen Falle die Hülfe der Polizeiorgane in Anspruch zu nehmen. Es ist klar, dass diese verschiedenartige Stellung des Untersuchungsbeamten Schwierigkeiten ebnen oder auch häufen kann, und dass das Mass seiner Aktionsfreiheit davon abhängig ist. In unsern kantonalen Gesetzgebungen zeigt es sich, dass die Stellung des Untersuchungsbeamten mehr eine Frage der Ökonomie der vorhandenen Kräfte, als eine solche leitender Grundsätze ist.

Im Inquisitionsprozesse, in jedem schriftlichen Verfahren überhaupt hat die Untersuchung den Zweck, dem Richter das Material zur Bildung seiner Überzeugung zu liefern, die Untersuchung ist die Grundlage des Urteils. Im modernen Accusationsprozess soll die Untersuchung nur eine vorbereitende sein, vorbereitend einerseits die Anklagestellung, anderseits das Hauptverfahren, in welchem der Richter an Hand des ihm durch die „Vor"untersuchung bereitgestellten Materials selber die „Haupt"untersuchung führt. Auf die Methode der Untersuchung haben diese Umwälzungen keinen Einfluss haben können, und was den Inhalt derselben anbetrifft, so wurde das Ziel im Grunde genommen recht wenig verrückt, der Unterschied zeigt sich mehr in der Form der Fixierung der Ergebnisse, dem äussern Abschluss der Prozedur, als in der Begrenzung des Stoffes.[1])

Viel eingreifender in die Art und Weise des Arbeitens des Untersuchungsrichters mochte der Übergang vom alten Prozesse mit der gesetzlichen Beweistheorie zum neuen mit der freien Beweiswürdigung durch den Richter gewesen sein. Das alte Prozessrecht verlangte Inzichten und Verdachtsgründe, um zu dem letzten bequemen Mittel der Inquisition, der Folterung, zu gelangen; die notwendigen Inzichten waren für jedes Verbrechen durch die Gesetzgebung oder durch die Dogmatik vorgezeichnet, auf die Feststellung derselben musste der Untersuchungsrichter ausgehen. Damit, beziehungsweise mit der Erbringung des Legalbeweises, war die Aufgabe

---

[1]) Übrigens hat die nunmehr fast überall durchgeführte Abschaffung der Absolutio ab instantia das Ziel der Untersuchung eher höher gesteckt. Die Instanzentlassung figuriert noch in den Strafprozessordnungen von Schwyz (§ 243) und Appenzell A.-Rh. (§ 72). Thurgau unterscheidet im korrektionellen Verfahren (Gesetz vom 26. November 1867, § 49) zwischen „Freisprechung von aller Schuld" und „Freisprechung von der erhobenen Anklage". L'acquittement und l'absolution des Walliser Rechtes scheiden sich nach andern Gesichtspunkten.

erschöpft und die Überprüfung der Schlüssigkeit und Zuverlässigkeit des Beweises lag weder ihm noch dem urteilenden Richter ob. Wo aber im Gesetze noch eine Unklarheit herrschte über den Grad der Überzeugung, den der Richter haben *musste,*[1]) da traten die gelehrten Autores in ihr Recht, die des Lebens wechselnde Erscheinungen mit dem Netze dogmatischer Spekulation übersponnen hatten. Wie sehr aber dieses Netz in den Lüften schwebte, zeigt sich insbesondere in den entsetzlichen Leistungen, welche die gemeinsame Arbeit der Jurisprudenz und der Theologie im Gebiete der Hexenprozesse hervorgebracht hatte, und es mag wohl aus dieser Zeit herrühren, dass gelegentlich heute noch Wissenschaft und gesunder Menschenverstand in einen fatalen Gegensatz gestellt werden. Wenn Jagemann[2]) seiner Zeit die Ansicht vertrat, dass der Accusationsprozess mit seinem Hauptverfahren dem Untersuchungsrichter gerade diese Arbeit der Beweiswürdigung abgenommen und dem urteilenden Richter überbunden habe, dass der Untersuchungsrichter aus den Grenzen des ruhigen Ansammelns des Beweisstoffes nicht heraustreten solle und das Ineinandergreifen der Wege und der Erfolge seiner Bemühungen nicht zu prüfen und zu würdigen habe, so ist daran nur so viel

---

[1]) Eine solche positive Legaltheorie kennt von unseren Gesetzgebungen nur noch Wallis, Code de procédure von 1848, §§ 194—254.

Eine bloss negative Legaltheorie, die über den vollen Beweis hinaus noch die Überzeugung des Richters zur Verurteilung erfordert, hat einmal die durchweg übereinstimmende Gesetzgebung der Kantone Schwyz (Verordnung über das Strafverfahren, 1848, §§ 251—285), Obwalden (Gesetz über das Strafrechtsverfahren, Art. 92—118, mit eigentümlicher Darlegung der Lehre vom Indizienbeweis) und Nidwalden (Strafprozessordnung, 1885, §§ 66—94), ferner Graubünden (Gesetz betreffend das gerichtliche Verfahren in Straffällen von 1853/91, §§ 58, 59). Endlich haben Bern (Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen von 1854, Art. 345 bis 363) und Freiburg (Strafprozessordnung von 1873, Art. 289—296) für das Verfahren in Polizei- und korrektionellen Sachen die Legaltheorie beibehalten, während die Beweiswürdigung im Schwurgerichtsverfahren selbstverständlich frei ist. Alle übrigen Kantone, Tessin mit Einführung des Codice di procedura penale vom 3. Mai 1895, huldigen der freien Beweiswürdigung. Einen gewissen Übergang bilden die Gesetzgebungen, welche dem Richter eine Anleitung zur Würdigung der Beweise geben, nämlich Luzern (Gesetz über das Strafverfahren von 1865, §§ 198 bis 202), und damit in fast wörtlicher Übereinstimmung St. Gallen (Kriminalprozessordnung von 1865), Art. 168—172. Kürzer gehalten ist diese Instruktion in der Strafprozessordnung von Glarus (1887, §§ 120—121) und im Entwurfe von Zug (1889, §§ 73, 74).

[2]) Das Verhältnis des Untersuchungsrichters zum Angeschuldigten im Anklageprozess. Gerichtssaal, 1849, I, S. 125.

richtig, dass der urteilende Richter diese Prüfung selbständig vorzunehmen hat. Aber auch die Thätigkeit des Untersuchungsrichters erfordert ein solches Prüfen und Würdigen auf Schritt und Tritt; was aus der unendlichen Welt der Erscheinungen als Beweismaterial festgestellt werden müsse, der Plan der Untersuchung, ist ein hypothetisches Urteil über die Beweiskraft von noch festzustellenden Thatsachen, und im Rückblick auf das Gesammelte hat der Untersuchungsrichter die Beweiskraft des wirklich Festgestellten zu prüfen, wenn er wissen will, ob er auf dem rechten oder auf dem unrechten Wege sich befinde, ob er halben Weges oder am Ziele angelangt sei.

Der Übergang von den Legaltheorien zum System der freien Beweiswürdigung ist zweifellos mit der ganzen Entwicklung der Wissenschaften in Zusammenhang zu bringen. Die Naturwissenschaften, indem sie, im Gegensatz zur scholastischen Methode, von der Beobachtung der Thatsachen ausgehen, nehmen einen unerwarteten Aufschwung und reissen die socialen Wissenschaften mit sich, denen in der statistischen Methode der Weg geöffnet wurde, sich den ersteren ebenbürtig an die Seite zu stellen. Auf allen Gebieten kommt das oberste Gesetz der Kausalität zum Durchbruch und die letzten Gründe werden in die Unendlichkeit zurückgeworfen, die Kausalität wird auch im Gesellschafts- wie im Einzelleben des Menschen anerkannt, und im Wechsel der Erscheinungen findet man bleibende, leitende Gesetze. Es scheint auf den ersten Blick ein Widerspruch darin zu liegen, die anscheinenden Zufälligkeiten und Willkürlichkeiten des Lebens mit einem Netz von Gesetzen zu umspannen und gleichzeitig das Netz von Gesetzen über die Beweiswürdigung, die schliesslich doch auch von Beobachtungen und Lebenserfahrungen ausgingen, aus den Strafprozessgesetzgebungen zu entfernen. Der Widerspruch löst sich, wenn die Art und Weise der Wirkung statistischer Gesetze richtig erfasst wird. Das statistische Gesetz legt den Kausalzusammenhang zwischen einer mächtigen Ursache und einer Gesamtheit von gleichartigen Erscheinungen klar, in der grossen Zahl hat diese Hauptursache die Nebenursachen, die in den verschiedensten Richtungen wirken mögen, überwunden. Aber für die Erfassung und Erklärung der Einzelerscheinung ist das statistische Gesetz unzureichend, denn hier können die Nebenursachen sehr wohl jene Hauptursache überwunden haben. Die Beweiswürdigung ist ja nichts anderes, als ein Konstruieren von Kausalzusammenhängen nach rückwärts: zwei klassische Zeugen sagen so aus, weil sie den Vorgang gesehen haben, sie haben ihn gesehen,

weil er sich zugetragen hat. Diese Rekonstruktion entspricht einer Lebenserfahrung, die den Wert eines statistischen Gesetzes hat. In der grossen Mehrzahl der Fälle bewährt sich das Gesetz; aber in einer Zahl von Fällen, die immer noch gross genug ist, um nicht vernachlässigt werden zu dürfen, trifft das Gesetz nicht zu, weil die Voraussetzungen dieses regelmässigen Kausalzusammenhanges, normales Sehen und Wahrheitsliebe, fehlen oder durch Nebenwirkungen abgelenkt worden sind. Gewiss sind auch die statistischen Gesetze Naturgesetze, die sich mit Notwendigkeit erfüllen, und wo sie sich scheinbar nicht erfüllen, liegt der Mangel in unserm Unvermögen, die äusserst komplizierten Verhältnisse des Einzelfalles zu erfassen und sie unter die zutreffenden Gesetze zu subsumieren. Aber gerade darin liegt der Grund, warum das statistische Gesetz, und die Erfahrungssätze des Lebens haben gleiche Natur, nicht als Vorschrift des Staatsgesetzes auftreten kann; denn das Staatsgesetz umschreibt die Voraussetzungen seiner Anwendbarkeit in zu einfacher, man möchte fast sagen roher Weise, als dass es in mehr als der Mehrzahl der Fälle keine Härten, d. h. Unwahrheiten, erzeugt. Neben allen jenen Einzelerfahrungen, die zur Bildung der Sätze der Legalbeweistheorie führten, haben wir eben auch die Erfahrung ihrer Unzulänglichkeit im einzelnen Falle, und wie auf andern Gebieten sind wir auch hier zur Erkenntnis gekommen, dass eine Überzeugung, das Gefühl oder das Bewusstsein, dem einzelnen Falle gerecht geworden zu sein, sich nicht durch äussere Vorschriften schaffen lässt, sondern das naturnotwendige Ergebnis der Eindrücke konkreter Thatsachen auf unser Fassungsvermögen ist. Unsere ganze Arbeit bei der Bildung der Überzeugung, alles das Sichten und Gruppieren und Abwägen geht eigentlich nur dahin, uns aller der Eindrücke bewusst zu werden und zu verhindern, dass der eine vom andern gänzlich verwischt werde. Diese Betrachtung ist keine Abschweifung vom Gegenstand, sie enthält vielmehr die theoretische Grundlage für den Aufbau jeder Untersuchung, so auch für die Strafuntersuchung.

Die moderne Strafuntersuchung umfasst nach unserem Erachten drei Stufen, die, wir wollen es zur Verhütung von Missverständnissen gleich vorausschicken, keineswegs etwa zeitlich auseinanderzufallen brauchen.

1. Die Frage nach der That: Ist ein bestimmtes Verbrechen begangen worden, wer hat es begangen?

2. Die Untersuchung des Thäters und der individuellen Ursachen der That; die Frage der Repression oder individuellen Prävention.

3. Die Untersuchung der socialen Ursachen der That, die Frage der Generalprävention.

Erste Stufe: Die Thatfrage. Die ältere Theorie hat diese Untersuchung weiter gegliedert in die Feststellung des objektiven Thatbestandes (das Verbrechen) und des subjektiven Thatbestandes (der Thäter). Begrifflich ist die Scheidung richtig, sobald aber aus ihr die Vorschrift zeitlicher Trennung abgeleitet wird, führt sie in vielen Fällen zu Unmöglichem, wirkt sie in andern Fällen verderblich. Eine andere Gliederung haben wir aus der Zeit des Inquisitionsprozesses mit herüber genommen; nur dass die Generaluntersuchung, die den begründeten Verdacht herstellen soll, jetzt etwa Informations- oder Vorbereitungsverfahren genannt und als Sache der Gerichtspolizei erklärt wird, die Specialuntersuchung, welche vormals den Thäter überwiesen, jetzt den ungestörten Fortgang der Hauptuntersuchung, also der mündlichen Verhandlung sichern soll, (gerichtliche) Vor- oft auch Hauptuntersuchung heisst und in die Hand eines Untersuchungs„richters“ gelegt wird. Die Frage der Ein- oder Zweiteilung der Untersuchung war eine heftig besprochene.[1]) Die praktischen Gesichtspunkte führen eher zur Einheit der Untersuchung; denn für den zweiten Untersuchungsabschnitt ist eine besondere Aufgabe schwer abzugrenzen,[2]) so dass er sich in den meisten Fällen als nutzlose Wiederholung und Weiterung des ersten Abschnittes erweist, sofern der Voruntersuchungsbeamte seine Aufgabe richtig erfasst und durchgeführt hat. Thatsächlich wird ja manchmal der Thätigkeit des Untersuchungsbeamten ein Fahndungs- und Ausschreibungsverfahren der Polizei vorausgehen, allein es wäre geradezu vom Übel, wenn der Untersuchungsbeamte grundsätzlich von der Entgegennahme von Strafanzeigen und der Leitung der ersten

[1]) Verhandlungen des schweizerischen Juristenvereins in der Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. XII (der ersten Serie), S. 13 ff.

[2]) Vgl. u. a. Kries, Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes, Freiburg 1892, S. 462. — Die Einheit der Untersuchung besteht zur Zeit in den Kantonen Zürich, St. Gallen, Solothurn, Graubünden, Waadt, Neuenburg, Appenzell I.-Rh. — Dazu gehört nun wohl auch Luzern, das durch das Gesetz betreffend Vereinfachung des Staatshaushaltes vom 29. November 1895 das Institut des Verhörrichters aufgehoben hat. Übrigens ist es bei den Gesetzgebungen, welche das Verfahren der gerichtlichen Polizei und das Verfahren vor dem Untersuchungsrichter auseinanderhalten, manchmal schwierig zu entscheiden, ob hier zeitlich auseinanderfallende Prozessabschnitte gemeint sind und ob das polizeiliche Verfahren wirklich mehr als den Fahndungs- und Ausforschungsdienst zu bedeuten habe, so z. B. gerade im bundesgerichtlichen Strafverfahren.

Erhebungen ausgeschlossen würde; während anderseits die dem Vorsitzenden des Gerichtes etwa notwendig erscheinenden Ergänzungen der Untersuchung sehr wohl vom Vorsitzenden selber oder auf seine Anordnung durch den Untersuchungsbeamten vorgenommen werden könnten.

Verfolgen wir einmal den Gang einer Untersuchung. Gewöhnlich wird sie veranlasst durch eine Anzeige, die dem Beamten unmittelbar oder mittelbar durch irgend ein Polizeiorgan zugekommen ist. Diese Anzeige hat zunächst nur die Bedeutung, dass angeblich an einem bestimmten Orte ein Verbrechen durch jemanden verübt worden sei. Die Anzeige kann richtig sein, sie kann aber auch falsch sein. Wissentlich falsche Anzeigen gegen bestimmte Personen kommen leider nicht allzu selten vor, Hass, Rache, Erpressungsabsicht, andere Geldinteressen können dazu führen und selbst der Umstand, dass keine bestimmte Person verdächtigt wird, ist kein untrügliches Zeichen der Wahrheit. Falsche Anzeigen von Verbrechen kommen nämlich auch vor zur Verdeckung von eigenen Verbrechen, mit blutüberströmtem Gesichte erscheint ein Angestellter und erzählt von Einbruch und Überfall, während er selber das Geld gestohlen. Zahlreicher sind die Fälle fahrlässig falscher Anzeigen, vermisste und verlorne Gegenstände werden als gestohlen angemeldet, wird dann durch die Ausschreibung der Gegenstand gefunden, so hat sich der Beamte dem Anzeiger ja recht nützlich gemacht.

Zur Feststellung des objektiven Thatbestandes scheint zunächst das Richtigste und Sicherste die Inspektion des Thatortes und der Gegenstände, die mit dem angeblichen Verbrechen im Zusammenhange stehen können, zu sein. Aber auch hier kann der Schein trügen. Der ungetreue Kassier hat die Werkzeuge zu einem Erbrechen der Kasse hingelegt und die Kasse selber demoliert; der Hausdieb hat eine Leiter angelegt und das Fenster zertrümmert, der Mörder disponiert Leichnam und Messer so, dass an einen Selbstmord gedacht werden kann. Aber irgend ein Moment führt darauf, dass die Spuren gemachte sind.

In allen Fällen war, wie wir gesehen, die Lokalinspektion von Bedeutung, und um so mehr, wenn der Untersuchungsrichter an sie herangetreten ist ohne vorgefasste Meinung, von dem einzigen Wunsche beseelt, zu prüfen, ob und was sich daraus ergebe. Es wäre total verkehrt, wenn der Untersuchungsbeamte sich zunächst zur ausschliesslichen Aufgabe machen würde, seinen Zweifeln an der Richtigkeit der Anzeige nachzugehen und erst nachdem er sich

von der Wahrscheinlichkeit der Behauptungen überzeugt, dem Thatbestande näher zu treten, es wäre insbesondere verkehrt, wenn er sich davon abhalten liesse, den angeblichen Thäter raschmöglichst zu sich kommen zu lassen, findet er doch in dessen Aussagen die beste Hülfe, um eine unwahre Anzeige zu widerlegen.

Die interessantesten Fälle für den Untersuchungsrichter sind nun allerdings die, in denen der Thäter unbekannt ist. Da sind die persönlichen und sachlichen Spuren festzustellen und zu verfolgen. Die persönlichen Spuren, nämlich die Art der Begehung; Gewohnheitsverbrecher haben ihre Eigentümlichkeiten, ihren Stil in der Begehung ihrer Verbrechen und es handelt sich dann nur noch darum, zu erforschen, wo der Künstler dieses Stils sich zur Zeit der Verübung der That befunden. Ganz besonders aber ist es das Motiv der That, das sich in vielen Fällen aus ihrer mutmasslichen Beschaffenheit schon erraten lässt. Bei Brandstiftungen wird immer zunächst nach der Höhe der Versicherung gefragt; ist der Brand von aussen gelegt worden, nach entlassenen Knechten oder andern Leuten, die in Feindschaft mit dem Eigentümer stehen. Die sachlichen Spuren: Fussspuren, zurückgelassene Gegenstände wie Kleidungsstücke, Werkzeuge u. s. w.

Eine besondere Art der Untersuchung bilden die Fälle, in denen der Thäter bekannt ist oder doch mindestens eine bestimmte Person mit aller Wahrscheinlichkeit als Thäter bezeichnet werden kann, aber der Mann ist unbekannten Aufenthaltes. Da genügt selbstverständlich die Schablone des offenen Steckbriefes nicht; soweit immer möglich, sind der Fahndung bestimmte Bahnen zu weisen. Ist der Mann mit viel Geld versehen, so wird er auswandern. Wohin, ergiebt sich aus den möglichen Fahrgelegenheiten, der Untersuchungsbeamte muss sie kennen oder ihre Kenntnis sich rasch zu verschaffen wissen; die telegraphische Depesche kann den Menschen einholen, aber man muss wissen, an wen sie zu richten ist. Erledigte Fahndungen aber sind zurückzurufen, überallhin, wohin sie versandt wurden, sonst entsteht ein neues Unheil.

Es kann sein, dass der Untersuchungsrichter mit genialem Blicke aus den Spuren den richtigen Weg erkannt hat oder das Glück, das der Thatkraft gewogen ist, ihn denselben hat finden lassen — es kann aber auch sein, dass er auf einen Abweg gekommen. Er kommt zurück, aber der Betretung eines andern Weges steht ein Zuspät hindernd entgegen; wo nicht völlige Sicherheit über die Richtigkeit des einen Weges herrscht, müssen daher inzwischen auch

die in Betracht fallenden andorn Strassen überwacht und mit Vorsicht betreten werden.

Nehmen wir nun an, der angebliche Thäter sei von Anfang an oder im Verlaufe in die Hand des Untersuchungsrichters gekommen. Jetzt beginnt die Arbeit der Überweisung des Thäters, wie die alte Praxis sagte, oder — wie wir hinzufügen — seiner Rechtfertigung; denn wenn der Angeschuldigte nicht der Thäter ist, so gehört es zu der schönen Aufgabe des Untersuchungsbeamten, nicht einfach bei der ersten Erschütterung des Belastungsbeweises den Menschen laufen zu lassen, sondern er hat die Sachlage soweit möglich klarzulegen. Es ist eine Pflicht gegenüber dem unschuldig Verfolgten; es ist eine Pflicht des Untersuchungsbeamten gegen sich selber; denn aus Irrtümern und Misserfolgen lernt man oft mehr, als aus Erfolgen, vorausgesetzt, dass man den Quellen des Irrtums und des Misserfolges nachgeht.

Man könnte nun für eine weitere Untersuchung die Form kontradiktorischer Verhandlung wählen. Der Ankläger stellt seine Beweisanträge, der Verteidiger bekämpft sie und stellt andere Beweisanträge, der Untersuchungsbeamte als Untersuchungsrichter entscheidet über die Anträge und nimmt die betreffenden Untersuchungshandlungen vor. Das scheint die folgerichtige Durchführung des Accusationsprinzips im Strafprozesse zu fordern. Nun mag es angehen, in der Hauptverhandlung vor dem urteilenden Richter, nachdem das Beweismaterial in allen wesentlichen Teilen gesammelt und sichergestellt worden ist, etwas künstlich zwei Parteien zu schaffen, und es mag sogar dieses Reden und Gegenreden, du choc jaillit la lumière, für die Feststellung der Wahrheit von grossem Nutzen sein. Aber dass dies in der Hauptverhandlung geschehe, genügt vollständig, das Urteil des Richters soll sich über ein mehr oder weniger abgeschlossenes Material erstrecken, über ein werdendes kann er nicht zu Gerichte sitzen, das kann nur der beurteilen, der dessen Werden folgt und es schafft. Das kann allerdings der Untersuchungsrichter, aber in dem eben bezeichneten Verfahren wären seine eigentlichen Funktionen an die sogenannten Parteien übergegangen, also einfach ein Mehrverbrauch von Kräften und ein schleppendes Verfahren. Raschheit ist aber ebensosehr technisches Erfordernis der Untersuchung als ein Postulat der Kriminalpolitik an die Strafrechtspflege.

In dem geschilderten Umfange hat nun allerdings keine Gesetzgebung das Accusationsprinzip im Untersuchungsverfahren durch-

geführt, es wird allgemein zugegeben, dass dasselbe in der Hauptsache nach dem Inquisitionsprinzip zu führen sei. Inquisition heisst eben Untersuchung. Das Genfer-Gesetz gestattet allerdings den „Parteien", nachdem der Angeschuldigte vorgeladen, vorgeführt oder verhaftet worden ist, kontradiktorische Verhandlung zu verlangen. Dieselbe besteht indessen lediglich in der Anwesenheit des Staatsanwaltes, des Geschädigten und des Angeschuldigten, sowie seines Verteidigers bei allen Untersuchungshandlungen, wobei von diesen Personen Ergänzungsfragen an die Zeugen gestellt werden dürfen! [1]) Die Verfassung des Kantons Zürich vom 18. April 1869 bestimmt in Art. 6:

„Den wegen eines Verbrechens oder Vergehens Angeschuldigten, sowie dem Geschädigten ist Gelegenheit zu geben, allen Verhandlungen, welche vor dem Untersuchungsrichter stattfinden, beizuwohnen, einen Rechtsbeistand beizuziehen und an die Zeugen Fragen zu richten, welche zur Aufklärung der Sache dienen können."

Die Strafprozessordnung vom 30. Oktober 1866 hatte ausnahmsweise — in der Praxis war es die Regel — eine Zweiteilung der Voruntersuchung, zunächst durch den Statthalter, dann durch den Untersuchungsrichter, vorgesehen. Die Verfassungsbestimmung fand daher ihrem Wortlaute nach nur auf das zweite Verfahren Anwendung. Durch das Gesetz betreffend die zürcherische Rechtspflege vom 2. Dezember 1874 ist diese Zweiteilung aufgehoben worden, und § 734 dieses Gesetzes dehnt die Verfassungsvorschrift auf die ganze Untersuchung aus. [2])

[1]) Code d'instruction pénale du 25 octobre 1884:

Art. 64. Lorsque le procureur général ou l'inculpé en fait la demande, l'information doit être contradictoire.

Si l'un ou l'autre s'y oppose la Chambre d'instruction décide sur le recours qui lui est soumis.

Art. 65. Quand l'information est contradictoire l'inculpé et son conseil, ainsi que le ministère public et la partie civile, ont le droit d'assister à tous les actes de l'instruction; mais la discussion leur est interdite.

Art. 120. (L'audition des témoins.) Après la déposition, lorsque l'information est contradictoire, le procureur général ou la partie civile et l'inculpé ou son conseil peuvent adresser au témoin toutes les questions qui leur paraissent utiles à l'accusation ou à la défense.

Il n'est point permis d'interrompre le témoin pendant le cours de sa déposition.

[2]) „Sobald und soweit die Thätigkeit des Untersuchungsbeamten nicht bloss in *polizeilichen Erhebungen* zur Ermittlung des Thatbestandes und zur Auffindung und Herbeischaffung von Beweismitteln besteht, sondern in förmlichen *Verhandlungen* vor demselben, wie namentlich förmlichen Zeugeneinvernahmen, zu welchen Tag angesetzt wird, soll derselbe dem Angeschuldigten und dem Geschädigten

Die Parteiöffentlichkeit ist, wenn der Ausdruck auch da gebraucht werden darf, wo eigentlich erst eine Partei auf dem Plane erscheint, wie im zürcherischen Verfahren, der Geheimhaltung vorzuziehen, und es liegt im Interesse der Untersuchung, wenn Schritt für Schritt der Angeschuldigte dem Untersuchungsbeamten seine Gegenvorstellungen machen kann. Auch der Herr Verteidiger mag dabei sein und mitwirken, seine Kritik der Untersuchung wird in der gerichtlichen Verhandlung um so kürzer ausfallen. Allerdings sind zwei Bedenken nicht zu unterdrücken; die Mehrzahl der Kantone schreiben zwar vor, dass dem unvermögenden Angeschuldigten wenigstens in wichtigeren Sachen ein amtlicher Verteidiger beizugeben sei, wenige aber, dass dies schon im Stadium der Untersuchung geschehen könne. Das enthält thatsächlich eine ungleiche Behandlung von arm und reich. Und dann, was nützt der Kollusionsverhaft, wenn dem Angeschuldigten ein guter Freund beigegeben wird, der den unterbrochenen Verkehr des Angeschuldigten mit der Aussenwelt wieder herstellt; ein Bedenken, das durch die völlige Freigebung der Advokatur in der Mehrzahl der Kantone besondere Nahrung erhält. Es war daher eine weise Veranstaltung des Genfer-Gesetzgebers, dass nicht nur dem Beginne des Kontradiktoriums der Staatsanwalt sich widersetzen kann (ein höherer Entscheid allerdings vorbehalten), sondern dass auch die bereits angeordnete und begonnene Parteiöffentlichkeit wieder aufgehoben werden darf durch Verfügung des Instruktionsrichters, natürlich nur innert bestimmten zeitlichen Schranken.[1])

Von den Gesetzgebungen, welche die Zweiteilung der Untersuchung durchgeführt, enthält die deutsche Strafprozessordnung die

---

Gelegenheit geben, solchen Verhandlungen beizuwohnen, und an die Zeugen Fragen zu richten, welche zur Aufklärung der Sache dienen können.

Der Geschädigte kann dabei sich durch einen Rechtsbeistand *vertreten* lassen, der Angeschuldigte einen Rechtsbeistand *zuziehen*, das Verfahren darf aber hierdurch weder aufgehalten noch gestört werden.

Einsicht der Akten können die Beteiligten während der Untersuchung nicht *verlangen*, der Untersuchungsbeamte kann sie aber nach freiem Ermessen *gestatten*."

[1]) C. J. P. 70. Lorsque l'importance d'une procédure l'exige, le juge d'instruction a le droit de suspendre l'information contradictoire.

Il peut même tenir un inculpé au secret pendant huit jours au plus.

La mesure du secret ne peut être prolongée au delà de ce terme qu'avec l'autorisation de la Chambre d'instruction.

Vgl. auch Code de procédure pénale du canton de Neuchâtel, Art. 61, 62, und dazu das Bulletin du Grand Conseil, p. 153, 169, 268 suiv.

für den Fernerstehenden absonderlichen Bestimmungen, dass gewisse Untersuchungshandlungen als specifisch richterliche Handlungen im staatsanwaltlichen Vorverfahren nicht von dem Untersuchungsbeamten vorgenommen werden können, sondern auf dem Wege der Rechtshülfe durch ihn beim Amtsrichter nachzusuchen seien, und es werden als solche Handlungen genannt die eidliche Vernehmung von Zeugen (mit andern Worten die Vernehmung überhaupt, da das falsche Zeugnis ohne Vereidigung straflos ist) und die Sicherung des Beweises durch Beschlagnahmen, Augenschein u. s. w. Diesen Feinheiten ist unser Strafprozessrecht nicht gefolgt. Entweder werden dem Beamten des polizeilichen Vorbereitungsverfahrens einfach alle Rechte eines Untersuchungsrichters eingeräumt. [1]) Wo dies nicht der Fall ist, ist auch das polizeiliche Vorverfahren nicht ein besonderer Abschnitt des Strafprozesses, sondern es ist die Polizei einfach Meldestelle, die lediglich die ersten vorläufigen Vorkehren und die Überweisung an den Untersuchungsrichter zu besorgen hat. [2])

Wie aber auch die Gesetzgebung die Form des Vorgehens geordnet habe, der Untersuchungsrichter steht nun einer Person gegenüber, die den Sachverhalt, wenigstens soweit er sie betrifft, kennt, aber in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle ein Interesse darin findet, dem Untersuchungsbeamten nicht zu helfen in der Klarlegung der Wahrheit, sondern vielmehr seine Pläne zu durchkreuzen, und in den übrigen Fällen fehlt dem Angeschuldigten Einsicht und Gewandtheit, dem Untersuchenden das richtige und ausschlaggebende Material mitzuteilen. In jedem Falle ist das Vorgebrachte nachzuprüfen; auch die Selbstanzeige, denn sie ist bisweilen falsch, [3]) und

---

[1]) Vgl. Militär-Strafgerichtsordnung Art. 108. — Basel-Stadt, Gesetz betreffend die Einleitung des Strafverfahrens §§ 10—21. Thurgau, Gesetz betreffend das bezirksamtliche Voruntersuchungsverfahren, 26. November 1867. Deshalb konnte in Luzern der „Verhörrichter" einfach gestrichen werden.

[2]) So Bern, Gesetzbuch über das Verfahren in Strafsachen § 74, und Freiburg. — Genf C. J. P. Art. 30; nach Art. 30 schreitet der Untersuchungsrichter in Fällen de flagrant délit direkt ein. Würden die Verhandlungen der Kriminalpolizei als besonderer Prozessabschnitt aufgefasst, so würde das z. B. für das Verfahren in Schaffhausen eine Dreiteilung ergeben (Gesetz über das Verfahren bei Untersuchung von Zuchtpolizei- und Kriminalfällen, 13. Juni 1849), und für Zürich eine Zweiteilung (Gesetz betreffend die Rechtspflege §§ 763—765).

[3]) Eine oft vorkommende Art gänzlich heruntergekommener Subjekte, sich eine Versorgung im Zuchthaus zu verschaffen, ist das Anzünden einer einsam stehenden Bergscheune. Ein ganz harmloser Mensch dieser Art denunzierte sich wegen einer solchen Brandstiftung, die er gar nicht begangen. Das untersuchende Statthalteramt (Uster-Zürich) hatte den klugen Gedanken, den Menschen nicht anzuweisen, zuerst wirklich eine Scheune anzuzünden und dann sich zu stellen, sondern es verhalf ihm durch eine Anklage wegen Betrugs, begangen durch falsche Selbstanschuldigung (!), zu einer Arbeitshausstrafe.

das reumütige Geständnis soll oft die Untersuchung von der Erforschung der schlimmen Einzelheiten der That oder gar weiterer Missethaten ablenken.

Da ist nun die Kenntnis des Menschen von höchster Wichtigkeit. Ist er vorbestraft, so giebt nicht sowohl das Vorstrafenverzeichnis als das Lesen der betreffenden Akten die wertvollsten Fingerzeige, die Übereinstimmung des Systems der Verteidigung wie der Art der Verübung der That ist oft überraschend. Dem alten Untersuchungsbeamten sind die Kunden bekannt; wenn er eine solche Untersuchung einem jüngern Kollegen zuteilt oder sie in seiner Hand weiss, so wird er nie ermangeln, ihn auf die Persönlichkeit aufmerksam zu machen. Bei noch nicht Vorbestraften oder hergereisten Fremden[1]) versagen diese Hülfsmittel. Da soll die Menschenkenntnis des Untersuchungsrichters eintreten. Psychologische, physiognomische und anthropologische Studien überhaupt geben eine Grundlage, auf der die Lebenserfahrung vorsichtig und kritisch weiter baut.

Zwei Verteidigungsmaximen spielen im Leben eine grosse Rolle: der Alibi-Beweis und der Unbekannte.

Der Alibi-Beweis, der Nachweis, dass der Angeschuldigte zur Zeit der That sich nicht am Thatort befunden hat und nicht habe befinden können. Wird ein den Umständen nach möglicher Anderswo-Beweis vom Angeschuldigten gar nicht versucht oder hat ein angetretener Nachweis recht gründlich fehlgeschlagen, so drängt sich uns das Bewusstsein der Schuld fast übermächtig auf. Es ist nun aber schon ein Fingerzeig, dass weder die Carolina, noch auch das bayrische Strafgesetzbuch von 1813 und die ihm nachgebildeten schweizerischen Strafprozessordnungen in der ausführlichen Lehre vom Indizienbeweis diese „Inzicht" anführen. In der That kann diese rasche Überzeugung nicht genug nachgeprüft werden. Der Alibi-Beweis ist nicht angetreten worden aus Rücksicht für eine Dame, deren Ruf vernichtet wäre, wenn sie als Zeugin auszusagen hätte, oder noch öfter deshalb, weil der Angeschuldigte wirklich zur Zeit der That wo anders war, aber dort ein anderes Ver-

---

[1]) Für die Bekämpfung der internationalen Verbrecherwelt ist stets und wiederholt auf die Nützlichkeit der Anthropometrie nach Bertillon aufmerksam zu machen und die Notwendigkeit, das Netz der Beobachtungsstationen zu vervollständigen und in guten Rapport unter sich zu bringen.

brechen verübt hat.[1]) Der misslungene Alibi-Beweis kann misslungen sein wegen der Unbeholfenheit des Angeschuldigten, vielleicht auch des Untersuchungsbeamten, und insbesondere drängt sich die Vorsicht von selber auf, wenn die Vorfälle weit zurückliegen und die kritische Zeit nach Stunden oder gar Minuten sich bemisst. Es kann auch der misslungene Alibi-Beweis die Verdeckung eines andern, dem Angeschuldigten gefährlichen Alibis sein.

Der „Unbekannte“. Von ihm hat der Angeschuldigte den gestohlenen Gegenstand, der auf ihm gefunden worden, in guten Treuen erhandelt, der Angeschuldigte ist ihm begegnet, als er der Brandstätte zueilte u. s. w. Die Möglichkeit, dass ein Unbekannter mitgespielt, ist selten ganz ausgeschlossen, aber der Untersuchungsbeamte wird mit Rücksicht auf die Fahndung nach dem Unbekannten die übrige Untersuchung niemals einstellen.

Mit mehr Vertrauen als zu dem Angeschuldigten wendet sich der Untersuchungsbeamte den Zeugen zu, dritte, unparteiische Personen, von denen wahrhafte Auskunft und der gute Wille, der Strafrechtspflege nützliche Dienste zu erweisen, vorausgesetzt werden darf. Aber wie viele unzuverlässige Zeugen giebt es, vom Wirte an, der niemals gesehen und gehört hat, was in seiner Wirtsstube vorging, bis zum falschen bestochenen Zeugen, dem treuen Gehülfen des Thäters. Gefährlicher und häufiger als diese rohern Formen falscher Feststellungen sind diejenigen, die erzeugt wurden durch das psychische und physische Unvermögen ganz achtbarer Zeugen, richtig wahrzunehmen, die Wahrnehmung richtig aufzufassen und zu behalten, und schliesslich fehlt es auch noch gänzlich an dem Vermögen richtiger und anschaulicher Wiedergabe. Menschenkenntnis, Kritik und Geduld mögen dem Untersuchungsbeamten beistehen.

Wir verlassen damit das Gebiet der ersten Untersuchungsstufe. Es handelte sich nicht darum, eine auch nur annähernd umfassende Skizze der Thätigkeit des Untersuchungsbeamten während derselben zu zeichnen, sondern lediglich zwei Dinge nachzuweisen. Einmal, wie sehr *Gross* in seinem noch zu besprechenden Handbuch für Untersuchungsrichter u. s. w. recht hat, wenn er vor den vorgefassten Meinungen warnt und vom Plane des Untersuchungsbeamten sagt, er gleiche nicht dem Bauplan des Architekten, der mit ge-

[1]) Fall Knapp in Tübingen. Das nachträgliche, nach allem wahrhafte Eingeständnis eines grossen Diebstahls in Zürich zur Zeit der Verübung des eingeklagten Mordes in Stuttgart veranlasste die Wiederherstellung gegen ein Todesurteil.

fügigem Material und hülfsbereiten Kräften arbeiten kann, sondern dem Plane des Feldherrn, der mit den noch unbekannten Absichten eines widerstrebenden Feindes zu rechnen hat, und sodann wollten wir zeigen, dass die Arbeit des Untersuchungsrichters heute noch wesentlich dieselbe ist, wie zu den Zeiten, da er den genugsamen Verdacht festzustellen hatte, das Verbot der Folter und der Suggestivfragen[1]) hat ihm keine Hülfen, sondern nur Irrlichter ent-

[1]) Wir können der Versuchung nicht widerstehen, an diesem Orte einen Zeitungsausschnitt (Basler-Nachrichten, Februar 1895) zum Abdruck zu bringen, aus dem sich ergiebt, wie die verpönten Suggestivfragen eben doch noch vorkommen und — hie und da zum Ziele führen:

„Ein Wiener Advokat, Dr. Rothziegel, wurde in seinem Bureau mit zerschmetterter Hirnschale tot aufgefunden. Der Verdacht lenkte sich sofort auf dessen Bureauvorsteher Eichinger und dieser wurde auch in Haft genommen. Ein Raubmord lag allem Anschein nach nicht vor, es musste sich also um einen Racheakt handeln. Die öffentliche Meinung glaubt nicht an die Schuld Eichingers, gegen welchen absolut keine bestimmten Indizien vorlagen. Im Gegenteil. Er hatte nahezu vollständig einen Alibinachweis gegeben und seine ganze Vergangenheit sprach dafür, dass er einer solchen entsetzlichen Missethat unfähig sei. Die Leiche des Advokaten war nicht nur durch wuchtige Hammerschläge auf den Kopf, sondern auch durch Messerstiche entstellt worden. Eichinger war als ruhiger gesitteter Mann bekannt, dem sein Lebensroman die Sympathien aller zugezogen hatte. Er war Offizier gewesen und hatte sich, in Galizien in Garnison stehend, in ein wunderschönes Judenmädchen verliebt. Seine Liebe wurde erwidert, doch setzten die Eltern beider Liebenden einer Verbindung energischen Widerstand entgegen. Der Offizier liess sich aber dadurch nicht beirren. Er quittierte seinen Dienst und nahm seiner heimlichen Braut zuliebe deren Glauben an. Dann folgte eine regelrechte romantische Entführung. Das Paar reiste nach Wien, lebte aber hier abgesondert, bis sich die beiden die Hand zum ewigen Bunde reichten. Er erwarb sich durch Schreiberdienste mühsam das Notdürftigste zum Leben und sie teilte seinen Kummer, war ihm eine treue, hingebungsvolle Genossin und eine brave, bescheidene Hausfrau. Endlich gelang es Eichinger, als Bureauvorsteher bei dem Advokaten Rothziegel, der in Gemeinschaft mit dem Advokaten Theimer ein Bureau inne hatte, einzutreten, und zwar mit einem Gehalt von sechzig, sage sechzig Gulden pro Monat. Dr. Rothziegel war als flotter Lebemann bekannt. Er unterhielt gleichzeitig mehrere Verhältnisse mit Damen aus verschiedenen Ständen, spielte täglich Karten und gab nicht unbedeutende Summen für seine Liebesabenteuer aus. Das erregte den Ingrimm des schlecht besoldeten Eichinger, und dies um so mehr, als sein wiederholtes Ansuchen um Erhöhung des Salärs jedesmal vom Prinzipal schroff abgewiesen worden war. — Es wurde nun entdeckt, dass Eichinger sich kleiner Unterschlagungen gegenüber seinem Chef schuldig gemacht und dass dieser ihm wegen der begangenen Veruntreuungen mit gerichtlicher Anzeige gedroht hatte. Das verschärfte den Groll des Eichinger. — Ein merkwürdiges Moment kommt noch hinzu. Vorgestern machte der behandelnde Arzt des ermordeten Advokaten, ein angesehener, hervorragender hiesiger Doktor,

zogen. Und seine Aufgabe wird wesentlich die gleiche bleiben, wie auch immer die Ansichten über die letzten Ziele der Strafrechtspflege sich verschieben werden.

Nicht ganz dasselbe wird sich über die *zweite Stufe* der Untersuchung sagen lassen.

Der objektive und subjektive Thatbestand sind festgestellt, aber das Material für den Richter, der, von diesem Vorkommnis im Leben des Angeklagten ausgehend, die notwendige Repressivmassregel (Strafe) auszusprechen hat, ist noch nicht vollständig.

Es handelt sich darum, die That zu erklären aus ihren Beziehungen zur Persönlichkeit des Thäters. Die Brücke bildet das

---

der Polizei die Mitteilung, dass Dr. Rothziegel ihm einige Tage vor dessen Tode über Kopfschmerzen und Hallucinationen böser Art geklagt und hinzugefügt, er fühle, er werde in grausamer Weise Hand an sich selbst legen und seinem Leben ein gewaltsames Ende bereiten müssen. Der Arzt glaubte daher bestimmt, es liege ein Selbstmord vor. Auf ähnliche Weise hatte sich übrigens Dr. Rothziegel auch seinen Freunden gegenüber ausgesprochen. Die Polizeibehörde und die Staatsanwaltschaft blieben aber trotzdem bei der Meinung, der Mörder müsse Eichinger sein. — Die Erregung und das Interesse im Publikum hatte inzwischen angesichts dieser immer mysteriöser und verwickelter werdenden Affaire ihren Höhepunkt erreicht. Die seltsamsten Vermutungen wurden laut. Eine Stunde nach der Mitteilung des Arztes ereignete sich jedoch plötzlich das Unerwartetste, das allenthalben die grösste Sensation hervorrief. Ein hoher polizeilicher Funktionär trat in die Zelle des in Untersuchungshaft befindlichen Eichinger und sagte ihm: „Es hat sich herausgestellt, dass Ihre Frau Mitwisserin des Verbrechens ist, sie ist daher verhaftet worden.“ Da sprang Eichinger, der bisher ruhig, gelassen und fast teilnahmslos gewesen war, auf und rief: „Sie ist unschuldig!“ Dann wurde er totenbleich, brach zusammen, begann zu zittern und zu stöhnen, und sass dann stieren Auges, wie geistesabwesend da, gleich einem Schemen. „Was soll das heissen?“ rief der Polizeibeamte. Da hob und senkte sich mehreremal die Brust des Mannes und mühsam entrangen sich seiner Kehle die leise gepressten Worte: „*Ich habe den Dr. Rothziegel erschlagen!*“ Dann brach er bewusstlos zusammen. Als er wieder zu sich kam, war er wie umgewandelt. Ein anderer. Ein alter, gebrochener Mann, der stumpfsinnig, hohlen Blickes dasass und gleich einem Somnambulen alle Fragen der Gerichtspersonen beantwortete und den Mord in allen seinen Einzelheiten ausführlich erzählte.“

Eine Kritik dieses Vorgehens ist uns ferne; der Beamte hatte jedenfalls den Entschluss nicht leicht gefasst und die Ausführung musste für ihn eine schwere und peinliche sein. Der geborne Verbrecher hätte ihm mit verbindlichen Lächeln geantwortet: Da ich unschuldig bin, kann auch meine Frau nicht mitschuldig sein. Dem Gelegenheitsverbrecher wurden seine besten und zartesten Gefühle zur Falle.

Motiv, das hinüberführt zum Charakter des Thäters. Wir müssen nun wissen, ob wir in dem Thäter

einen unglücklichen Kranken vor uns haben, der der Heilung oder, wenn unheilbar, sorgfältiger Verwahrung bedarf,

oder einen Menschen, dem es an der nötigen Einsicht in das Gesellschaftsleben zwar nicht mangelt, der aber, der nötigen socialen Gefühle bar, ein gefährliches, unverbesserliches Subjekt ist, vor dem sich die Menschheit mit allen Mitteln sicherstellen muss,

oder ein Gelegenheitsverbrecher, schwach in der Stunde der Versuchung, dem wir durch Züchtigung den Ernst der Sache und die Notwendigkeit, stark zu sein, noch mit Erfolg vorführen können,

oder ein unerzogener, aber noch bildsamer Mensch, der durch Lehre und Arbeit und Disciplin noch erzogen werden kann.

Auch diese Aufzählung soll kein umfassendes Schema sein, ein solches scheint auch zur Zeit noch nicht wissenschaftlich festgestellt, sondern die Andeutung von Richtungen, über deren Vorkommen allerdings kaum mehr Zweifel möglich sind. In einer gewissen embryonalen Weise sind diese Untersuchungen schon seit langem gemacht worden. Das Vorleben des Angeklagten[1]) wurde, wenigstens summarisch, aufgeklärt, schon wegen der Vorschrift des Strafgesetzbuches betreffend Rückfällige. Dem Motiv wurde nachgegangen, weil dasselbe vom Strafgesetz bisweilen als Strafzumessungsgrund benutzt wird und dann allerdings auch deshalb, weil der Untersuchungsbeamte das befriedigende Gefühl einer gelösten Aufgabe gar nicht haben konnte, ehe er nicht den Beweggrund der That aufgedeckt, und endlich veranlasste die Lehre von der Unzurechnungsfähigkeit die Zuziehung eines Fachmannes, der den Angeschuldigten auf Gesundheit oder Krankheit der geistigen Thätigkeiten zu prüfen hatte.

Je mehr nun die Strafrechtspflege sich von der schematischen Verwirklichung der Vergeltungsidee emancipieren wird, desto wichtiger wird dieser Teil der Untersuchung werden und es wird dazu kommen, dass an den Fachmann noch weit mehr Fragen gestellt werden, als nur die nach geistiger Gesundheit oder Krankheit, Zuchthaus oder Irrenhaus. Da ist es denn allerdings möglich, dass eine wirkliche

[1]) Eine recht empfehlenswerte Praxis befolgen einzelne Untersuchungsrichter, die sich insbesondere von erstmaligen oder auch sonst interessanten Verbrechern in der Untersuchungshaft schriftliche Lebensbeschreibungen anfertigen lassen.

Arbeitsteilung eingeführt wird zwischen der Untersuchung der ersten und der zweiten Stufe, aber dennoch besteht kein zünftiges Interesse des Untersuchungsbeamten, die „neuen Horizonte“ mit Brettern zu vernageln. Schlimmstenfalls bleibt uns die ganze reiche Aufgabe der ersten Stufe.[1])

Endlich die *dritte* Stufe der Untersuchung. Das Verbrechen wurzelt einerseits im Verbrecher, anderseits in den socialen Verhältnissen. Sie schaffen die Motive und geben den Anlass oder geradezu Anstoss zum Verbrechen; sollte in dieser Richtung die That nicht auch aufgeklärt werden? Man wird uns zunächst entgegnen, dass dieses Sache der wissenschaftlichen Bearbeitung, insbesondere der Kriminalstatistik sei. Gewiss, aber wir haben oben auseinandergesetzt, wie das statistische Gesetz den Einzelfall zu erklären nicht ausreicht, und wie es gegenteils der Nachprüfung und der Ergänzung durch Einzelbeobachtungen nach verschiedenen, statistisch vielleicht gar nicht fassbaren Seiten bedarf, um die Lebenserscheinung wissenschaftlich ergründet zu haben. Doch steht der wissenschaftliche Zweck selbstverständlich nicht im Vordergrunde bei einer Institution, die mit Kraft und Zeit zu geizen hat, um ihren praktischen Aufgaben gerecht zu werden. Die Aufgabe soll aber auch eine praktische sein, der Gesetzgebung und den Vollziehungsbehörden, oft auch den einzelnen Mitgliedern der Gesellschaft die Massnahmen zur Verhütung weiterer gleichartiger Verbrechen an die Hand zu geben, und weil da der einzelne Fall schon Anzeichen sein kann von einer hereinbrechenden Bedrohung der Gesellschaft oder wenigstens von irgend einer aufkommenden Unsitte, die dem Verbrechen Vorschub leistet, so darf die wissenschaftliche, statistische Bearbeitung des Jahresmaterials nicht abgewartet werden, sondern es ist so rasch als möglich einzuschreiten und dazu die Polizei- und die Verwaltungsorgane von den festgestellten Verhältnissen in Kenntnis zu setzen.

Das ist nun wiederum alles nichts Neues, sondern geschieht heute schon tagtäglich. Ein Taschendiebstahl begangen an einer Dame führt zur Entdeckung, dass die neueste Mode das Tragen des Portemonnaies am Rücken vorschreibt. Polizei und Zeitungsberichterstatter werden angegangen, die geehrte Damenwelt zu ersuchen, die Leute nicht auch noch zum Diebstahl zu verführen. Gross ist die Zahl der Untersuchungen, die wegen Schädigungen durch bauliche

---

[1]) Der verdienstvolle Verfasser des schon erwähnten „Handbuchs für Untersuchungsrichter“, *Gross,* wird uns diese kurze Polemik verzeihen.

oder maschinelle Einrichtungen hervorgerufen werden, und recht oft ist der Untersuchungsrichter genötigt, die Fragen des Kausalzusammenhanges und des Verschuldens einem Sachverständigen zu unterbreiten. Da liegt es doch gewiss nahe, seinen guten Rat über die künftige Verhütung solcher Vorkommnisse zu erbitten und insbesondere dann, wenn die Akten nicht an das Gericht weitergehen und zur öffentlichen Verhandlung gelangen, diese Untersuchung einer Polizei- oder Verwaltungsbehörde oder einem Ingenieur- und Architektenverein zukommen zu lassen, damit die Leute von dem Unfall lernen. In einem Falle war Gegenstand der Untersuchung der Tod eines kleinen Kindes, das von einer Frau, die solche Geschöpfchen diskreter Herkunft in Verpflegung nahm, vernachlässigt worden war; die Untersuchung wurde auf den ganzen Geschäftsbetrieb ausgedehnt und wir sahen uns vor die Thatsache gestellt, dass die Engelmacherei grosser Städte auch bei uns sich einzunisten begann. Das Gericht nahm damals Veranlassung, die Akten dem Regierungsrate und dem Stadtrate zu übermitteln. Von ersterem aus erfolgte eine Verordnung, welche die Meldepflicht, bezw. den Konzessionszwang für Leute, welche gegen Entgelt kleine Kinder in Verpflegung nehmen, einführte, und diese Leute wurden dann durch den Stadtrat unter die einem Frauenverein übertragene und sehr wirksame Aufsicht gestellt.[1]) In andern Fällen führte die Strafuntersuchung zur Schliessung von Wirtschaften, zum Verbot des Verkaufes gewisser gesundheitsschädlicher Waren u. s. w. Umfassendere sociale Reformen werden allerdings erst dann in Bewegung gesetzt, wenn die Missstände sich auch in den grossen Zahlen der Statistik bemerkbar gemacht haben, aber auch da ist die Untersuchung und Registrierung des einzelnen Falles von Wichtigkeit, er packt den „Praktiker“ in den gesetzgebenden Behörden mit viel stärkerer Überzeugungskraft, als die Darlegung der Gesamtsachlage.

Wenn das nun aber alles nichts Neues, sondern längst Gehandhabtes ist, so ist es doch notwendig, die Wichtigkeit dieser Richtung der Untersuchung hervorzuheben. Insbesondere ist gegenüber einzelnen Richtern, die geneigt sind, in jeder Betrachtung, die den einzelnen Fall als Glied einer Kette behandelt, etwas Fremdes, Fernzuhaltendes zu sehen und in dem Zusammenarbeiten mit Verwaltungsbehörden eine Versündigung am Dogma der Trinität der Staatsgewalten zu erblicken, immer wieder zu betonen, dass seine Thätigkeit

[1]) Geschäftsbericht des Stadtrates der Stadt Zürich vom Jahre 1895, S. 95.

nur dann einen Sinn hat, wenn sie sich einreiht in das ganze System der Bekämpfung des Verbrechertums, und dass die Zusammenhänge nicht zu durchschneiden, sondern aufzusuchen und fester zu knüpfen sind.

Haben wir uns auf diesem Wege ein Bild von der Stellung und den Aufgaben des Untersuchungsbeamten gegeben, so können wir nun auch von den *Anforderungen* sprechen, die wir an den Mann zu stellen haben, der sich um ein Untersuchungsamt bewirbt. Wir müssen von ihm gewisse Charaktereigenschaften, Kenntnisse und Fertigkeiten verlangen.

Die *Charaktereigenschaften* sind Arbeitskraft und Arbeitslust, rasches Auffassungsvermögen, persönlicher Mut und Thatkraft, Gewissenhaftigkeit und Genauigkeit. Darüber hat der Kandidat in der Regel sich selber zu prüfen; hat er schon im Leben praktisch gearbeitet, so wird die Art und Weise, wie er in seinem Berufe sich bewährt, für ihn den Ausweis erbringen müssen.

Die *Kenntnisse* anlangend [1]) ist eine umfassende, allgemeine Bildung notwendig. Die antik-philologische Ausbildung tritt in den Hintergrund, wünschenswerter ist einige Leichtigkeit, in den modernen Hauptsprachen sich auszudrücken.

Die Untersuchungsbeamten werden regelmässig an den Hochschulen die Rechtswissenschaften studiert haben und in der That ist eine tüchtige juristische Schulung eine fast unerlässliche Grundlage für das Amt des Untersuchungsrichters. Das Strafgesetzbuch steckt der Untersuchung das Ziel und dieses Ziel muss gekannt sein. Es geht ein unverkennbarer Zug dahin, im Strafrecht die unnützen Begriffsspaltungen wegzufegen, die juristische Schärfe des Begriffes und Klarheit in der Auslegung werden gleichwohl im Strafrechte verlangt werden; wir machen täglich die Erfahrung, wie der Routinier im Formalismus stecken bleibt und wie erst die wissenschaftliche Durchbildung zurückführt zur klaren Einfachheit der gesunden Vernunft. Der Strafprozess insbesondere ist das Gesetzbuch seines Berufslebens, er muss es kennen von Grund aus. Die Zusammenhänge mit andern Zweigen des Rechtes sind nicht nur theoretische, sondern sie werden vom Leben jeden Augenblick aufgedeckt, ein tieferer Einblick in Privatrecht und Civilprozess gehören dazu und vor allem hat der Mann, der in den Dienst des Staates tritt und

---

[1]) Vergl. hier und für das folgende *Gross*, die Ausbildung des praktischen Juristen. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, XIV, S. 1.

zur Mitarbeit an einer Staatsaufgabe berufen wird, sich zurechtzufinden in dem grossen Getriebe des Staatsorganismus, schon deshalb, weil er fast täglich in Beziehungen tritt zu andern Staatseinrichtungen, Hülfe verlangend oder selber zur Mithülfe gemahnt. [1])

Verweilen wir einen Moment bei den Vorschriften des Strafprozesses. Der Strafprozess umschreibt die Rechte und die Pflichten des Untersuchungsbeamten, gewissermassen Maxima und Minima seiner Thätigkeit.

Die Maxima seiner Thätigkeit sind gegeben durch die Vorschriften, die hauptsächlich zum Schutze der persönlichen Freiheit aufgestellt sind. Dahin gehören etwa die Bestimmungen, unter welchen Voraussetzungen ein Angeschuldigter verhaftet werden darf, die Vorschriften über den Zeugniszwang und die Befugnis zu Hausdurchsuchungen und Beschlagnahmen.

Die Minima seiner Thätigkeit werden bestimmt durch Vorschriften, welche durch Aufstellen von Formen die Genauigkeit der Erhebungen herbeiführen sollen. Dahin sind zu zählen die Vorschriften über die Form der Zeugeneinvernahmen und über die Erhebung von Gutachten Sachverständiger z. B. bei Tötungs- und Körperverletzungsverbrechen.

Diese Vorschriften sind selbstredend strenge zu beobachten. Wir können dabei eine Bemerkung nicht unterdrücken. Viele Prozessordnungen knüpfen an die Nichtbeachtung der Vorschriften durch den Untersuchungsrichter die Folge der Nichtigkeit auch des Hauptverfahrens und zwingen dadurch zu einer Wiederholung des ganzen Verfahrens, die dann meist unterlassen wird, weil eben ein solches

[1]) Von besonderer Wichtigkeit für den Untersuchungsbeamten wäre namentlich die Kenntnis des Polizeirechtes und der Polizeieinrichtungen. Umfassende Arbeiten hierüber fehlen uns; vergl. immerhin *Guillaume*, statistique des corps de Gendarmerie en Suisse, Zeitschrift für schweizerische Statistik 1874, I, und *Hürst*, die kantonalen Polizeicorps, ebendaselbst 1892, 357. Über den polizeilichen Dienstbetrieb gehen interessante Aufschlüsse die amtlichen und halbamtlichen Dienstinstruktionen, so z. B.: Ordre- und Instruktionsbuch für die Landgendarmen vom 5. Juli 1867. Berlin 1867. — *Hoefft*, Dienstinstruktion für den Polizeisergeanten. Berlin 1893. — *Zuppinger*, Beiträge zur Instruktion von Polizeibeamten und -Bediensteten. St. Gallen 1896. — Ein „Handbuch für Polizeiangestellte“, enthaltend eine gedrängte Zusammenstellung der Grundzüge des Kriminal- und Ortspolizeiwesens, nebst einer Sammlung von Musterrapporten, zum Selbstunterricht für Polizeiangestellte, sowie als Leitfaden bei der Instruktion von Polizeiangestellten, herausgegeben vom Polizeikommissariat der Stadt Zürich, Zürich 1887, wird, vielleicht allzu ängstlich, geheimgehalten, immerhin aber an Polizeibehörden zu Handen ihrer Angestellten abgegeben.

Verfahren und insbesondere die Unmittelbarkeit der Hauptverhandlung sich einfach nicht wiederholen lässt. Die Gesellschaft, in welche der Thäter neuerdings entlassen wird, zahlt alsdann die Kosten des Fehlers des Untersuchungsbeamten. Die soll er aber selber zahlen, die einzig vernünftige Folge ist eine fühlbare Disciplinarstrafe für denselben und vorkommendenfalls die Verpflichtung, Entschädigung zu bezahlen.

Ältere Strafprozessordnungen, wie z. B. das st. gallische Strafgesetzbuch vom 14. Mai 1807, waren weit ausführlicher in der Darstellung des Untersuchungsverfahrens als die heutigen. Sie enthielten neben wirklich zwingenden Gesetzesvorschriften eine Reihe von Bestimmungen, welche ihrem Inhalte nach mehr nur dem Untersuchungsbeamten eine Anleitung gaben, wie er am zweckmässigsten zu prozedieren habe. Alle diese Anleitungen und Ratschläge sind aus den Gesetzen verschwunden, wenige zwingende Vorschriften umspannen den Rahmen, den die Thätigkeit des Untersuchungsbeamten auszufüllen hat; er muss sich guten Rat anderswo holen.

Die Erkenntnis der Strafe als eines Institutes menschlicher Zweckmässigkeit, als eines Gliedes in der Kette der Mittel zur Bekämpfung des Verbrechens und des Verbrechertums hat dazu geführt, den Kreis der Strafrechtswissenschaften weit über den der juristischen Disciplinen hinaus zu ziehen oder vielmehr dem Strafrecht und dem Strafprozessrecht eine feste Grundlage zu geben durch Heranziehung von Wissenszweigen, die uns Aufschluss zu erteilen vermögen über Ursachen des Verbrechens und Bekämpfungsmethoden gegen dasselbe. Man pflegt diese Wissenschaften unter dem Namen Kriminalistik zusammenzufassen. [1])

Die Ursachen des Verbrechens wurzeln zunächst im Menschen, im Verbrecher selber. Man kann daher von einer Kriminalanthropologie sprechen, die den Verbrecher nach seinen somatischen, physiologischen und psychologischen Eigenschaften untersucht. Dass der Verbrecher besondere Eigenschaften in allen diesen Richtungen aufweise, bildet bekanntlich die Grundlage der von Lombroso gegründeten Schule. Von anderer Seite wird die Existenz des „Verbrechertypus“ mit grosser Entschiedenheit bestritten und daher auch die Möglichkeit einer besondern Kriminalanthropologie. An diesem Orte Stellung zu der Frage zu nehmen, ist nicht notwendig. Sicher ist, dass dem Untersuchungsrichter die Anthropologie im ganzen Um-

[1]) Liszt, deutsches Strafrecht §§ 12—15 der 7. Auflage. Berlin 1896.

fange von Interesse ist, und insbesondere — wir haben oben bei der Skizzierung seiner Thätigkeit darauf hingedeutet — ist es nicht nur die Psychopathologie, sondern die Psychologie überhaupt, die ihm nicht bloss den Verkehr mit einem Sachverständigen und ein etwelches Verständnis seines Gutachtens ermöglichen, sondern den festen Rahmen für seine Lebenserfahrungen auf dem Gebiete der Menschenkenntnis im gewöhnlichen Sinne des Wortes bieten sollte.

Unbestrittener scheint es zu sein, dass die Betrachtung der zweiten Quelle des Verbrechens, der socialen Verhältnisse, sich zu besondern kriminalistischen Wissenszweigen ausgebildet. Gewiss kann das Verbrechen als Thatsache im socialen Leben und dessen Zusammenhänge mit andern Thatsachen nur dann wissenschaftlich erfasst werden, wenn dem Forschenden das sociale Leben überhaupt bekannt ist; die Kenntnis der Krankheit setzt auch hier die Kenntnis der Gesundheit voraus, aber wie die medizinischen Wissenschaften von den Naturwissenschaften, so konnte sich auch die Kriminalsociologie von der Sociologie überhaupt abtrennen. Allerdings bildet auch die Kriminalsociologie zur Zeit noch kein geschlossenes Ganzes. Systematischer Durcharbeitung erfreut sich eigentlich nur die Kriminalstatistik. [1]) Reichhaltig ist die Litteratur an Darstellungen einzelner Kriminalfälle seit den Tagen, da Monsieur Gayot de Pitaval seine „Causes célèbres et intéressantes avec des jugements qui les ont décidées“ (von 1747 an) herausgegeben „pour satisfaire parfaitement la curiosité et instruire en même temps l'esprit des règles de la Jurisprudence dans des cas importants“, bis auf unsere Zeit, da der „neue Pitaval“ fortfährt, die interessantesten Fälle aller Länder zu sammeln. Allerdings liegt das Schwergewicht in der Darlegung des psychologischen Problems. Einzelbearbeitungen allerdings, wie z. B. des Prozesses von Tisza-Eszlár, [2]) erheben sich zum gewaltigen Kultur- und Sittengemälde.

Nur im Vorbeigehen sei darauf hingewiesen, wie die naturalistische Richtung in der Litteratur ebenfalls oft ein Verbrechen zum

---

[1]) Für das ganze Gebiet der Schweiz liefert die von *Guillaume* 1892 begründete Gefängnisstatistik aus zuverlässigsten Quellen ein interessantes Material in übersichtlichster Form. Dazu vgl. *S. Schmidt,* Einführung in die Kriminalstatistik an Hand einer Kritik der schweizerischen Erhebung. (S. A. aus „Deutsche Worte“, 1894, V./VI. Heft.) Sodann verschiedene Beiträge in der Zeitschrift für schweizerische Statistik und endlich *Zürcher & Sträuli,* Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der zürcherischen Rechtspflege. Zürich 1895.

[2]) Nathan, der Prozess von Tisza-Eszlár, ein antisemitisches Kulturbild. Berlin 1892.

Vorwurfe nimmt, das dann nach allen Seiten zerlegt und beleuchtet wird. Näher unserer Aufgabe stehen und liefern wertvolle Bausteine zur Geschichte und Beschreibung des Verbrechertums die Darstellungen einzelner Verbrecherorganisationen [1]) oder des dunkeln Untergrundes einer Grossstadt. [2]) Besondere Wichtigkeit besass die Erforschung des deutschen Gaunertums, über das eine ganze Litteratur besteht, vom „Abriss des Jauner und Bettelwesens in Schwaben“, geschrieben vom Verfasser des Konstanzer-Hans, Stuttgart 1793, bis zu dem abschliessenden Werke von Ave-Lallemand, „das deutsche Gaunertum in seiner socialpolitischen, litterarischen und linguistischen Ausbildung zu seinem heutigen Bestande (Leipzig 1858/62)“.

Auf der Grundlage der Kriminalanthropologie und der Kriminalsociologie baut sich als angewandte Wissenschaft die Kriminalpolitik auf, die Lehre vom Kampf gegen das Verbrechen, den Methoden und Kampfmitteln. Der Kampf wird geführt teils direkt, die symptomatische Behandlung, teils, auf weitester Grundlage, indirekt durch Abgrabung der Quellen des Verbrechens, die Radikalkur. In den Kreis der Litteratur über die indirekte Bekämpfung des Verbrechertums liessen sich beinahe alle socialpolitischen Werke hineinziehen, obenan diejenigen über Armen- und Erziehungswesen. Aber auch auf dem engern Gebiete der direkten Verbrechensbekämpfung haben wir es zur Zeit nur noch mit allerdings sehr bemerkenswerten Einzelerscheinungen zu thun. [3])

Das sind nun aber alles allgemeine, nicht nur für den Untersuchungsrichter wissenswerte Dinge, und insbesondere ist sein Interesse an der Kriminalpolitik, die zunächst darauf ausgeht, Postulate für die Gesetzgebung aufzustellen, doch nur ein indirektes. Wenn wir die Vergleichung mit dem „Kampf“ durchführen wollen, so können wir das juristische Wissen als formelle Taktik, die Kriminalpolitik als Strategie bezeichnen, und es bliebe noch zu behandeln

[1]) Ave-Lallemand, die Mersener Bockreiter des 18./19. Jahrhunderts. Leipzig 1880. — Alongi, la maffia, Torino 1868. — Einzelne Aufsätze im neuen Pitaval.

[2]) *Ω. Σ.* Die Verbrecherwelt von Berlin, in der Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft. Bd. IV, V, VI.

[3]) Aus älterer Zeit *Jeremias Benthams*, Grundsätze der Kriminalpolitik, bearbeitet von Dumont. Im Auszuge dargestellt von Hepp. Tübingen 1839. Neuere: *Tallak*, penological and preventive principles. London 1889. *Thomsen*, Kriminalpolitische Bekämpfungsmethoden. Berlin 1839. Seit 1895 giebt die Gefängnisgesellschaft für die Provinz Sachsen und das Herzogtum Anhalt „Jahrbücher für Kriminalpolitik und innere Mission“ heraus.

die angewandte Taktik, die *Untersuchungslehre,* welche eben jene Ratschläge erteilen sollte, die der Gesetzgeber nicht geben kann und nicht geben will.

Die Untersuchungslehre ist schon mehrfach zusammenhängend und systematisch bearbeitet worden. *Wengermanns* Anleitung zum Inquirieren (Frankfurt und Leipzig 1796) wird geschildert als aller feinern Beurteilung ermangelnd und einseitig auf die Folter abzielend. Nicht viel Besseres kann gesagt werden von *Joh. Rudolf v. Waldkirchs* J. u. D. et Professor Basilensis Gerechter Folter-Bank oder Anweisung für Richtere und Examinatoren in peinlichen Fällen. Zweite Auflage, Basel 1773.

Bahnbrechend war dagegen *Franz von Jagemanns* Handbuch der gerichtlichen Untersuchungskunde. Frankfurt a. M. 1838. Der Verfasser begleitet den Untersuchungsrichter durch die verschiedenen Stadien der Untersuchung und bei allen möglichen Vorkommnissen einer solchen, lehrt ihn dabei, was das Gesetz und die Klugheit zu thun und zu unterlassen gebieten, und sucht ebensosehr sein Urteil wie sein Gewissen zu schärfen.

In der Anlage dem Jagemannschen Handbuch ähnlich, in der Ausführung aber durchaus selbständig ist eine „Anleitung zur Führung von Untersuchungen in Strafsachen. Mit Formularien. Ein Handbuch für Untersuchungsbeamte, Examinatoren, Staatsanwälte, Advokaten, Gerichtsärzte, Oberamtmänner, Statthalter, Gemeindammänner und Polizeibedienstete. Vorzüglich für die deutsche Schweiz bearbeitet“, erschienen zu Zürich 1843, ohne Angabe des Verfassers. Als Zweck des Buches wird bezeichnet, solchen, welche, ohne Juristen zu sein, in Gemässheit ihrer amtlichen Stellung in Fall kommen, Strafprozesse einzuleiten und durchzuführen, Vorschriften an die Hand zu geben, wie sie dieses zweckmässig und nach den Grundsätzen des Rechtes thun können. Demzufolge beginnt das Buch denn auch mit der Erörterung einiger Rechtsbegriffe und bringt in der Folge eine Fülle von Musterbeispielen von Rapporten, Protokollen und Verfügungen, die durch lebensvolle Beispiele die theoretischen, gediegenen Erörterungen verdeutlichen. Es dient nicht gerade zum Lobe unseres Untersuchungswesens, dass dieses treffliche Buch in Vergessenheit geraten, ohne durch ein anderes ersetzt worden zu sein.

Übrigens blieb auch Jagemann zunächst ohne Nachfolger, bis dann Dr. *Hanns Gross* sein umfangreiches Handbuch für Untersuchungsrichter, Polizeibeamte, Gendarmen u. s. w. veröffentlichte,

das nach kurzer Zeit (Graz 1894) seine zweite vermehrte Auflage erlebte.[1]) Gross teilt sein Werk in einen allgemeinen Teil, in welchem er die Grundlagen der Untersuchungstechnik und die Zeugeneinvernahme, sowie den Lokalaugenschein behandelt. Der besondere Teil spricht von den Hülfen des Untersuchungsrichters (Sachverständiger, Tagespresse), von einzelnen Kenntnissen desselben (Gaunertum, Zigeuner, Aberglaube, Waffenlehre, medizinisches Vokabular), von einzelnen Fertigkeiten (Zeichnen, Aufnahme von Fussspuren, die Blutspuren, Dechiffrierkunde), und endlich wird die Untersuchung in einzelnen besonderen Verbrechensfällen dargestellt (Körperverletzungen, Diebstahl, Betrügereien, Brandstiftung u. s. w.). Das überaus verdienstliche Buch enthält somit über so ziemlich alle Gebiete, auf denen der Untersuchungsbeamte etwas orientiert sein soll, längere oder kürzere Abhandlungen, die, soweit die eigenen Kenntnisse mir eine Nachprüfung erlaubten, durchaus auf der Höhe der Zeit und ihrer wissenschaftlichen und praktischen Erfahrungen stehen.

Die Darstellung ist überall losgelöst von einem bestimmten Prozessgesetze wie auch von der Beamten- und Polizeiorganisation irgend eines bestimmten Landes. Dadurch wird die internationale Brauchbarkeit des Buches vollständig erreicht, aber anderseits scheint es mir einer Ergänzung durch die Darstellung der Einrichtungen des Landes, in welchem der Untersuchungsbeamte wirkt, zu rufen. Wir wollen hier gleich hinzufügen, dass auch Monographien über besondere Untersuchungszweige zu erscheinen anfangen.[2])

Das epochemachende Hauptwerk von Gross, das uns den Überblick über die Untersuchungskunde und ihre Zweige verschafft, giebt uns auch Veranlassung, uns über Inhalt und Wesen der Untersuchungskunde auszusprechen. Wir sehen da Kenntnisse und Fertigkeiten dargestellt, die den verschiedensten Wissens- und Lebensgebieten angehören, und der Verfasser erklärt uns, dass auch noch

[1]) Das Handbuch von *Gross* ist seither ins Spanische übersetzt worden durch *Maximo de Arredondo* in Madrid, ins Russische durch *Siller und Dudkin* in Smolensk. In Arbeit befinden sich die Übersetzungen ins Serbo-Kroatische (*Dr. Spitzer* in Vinkovce), ins Ungarische (*Erdely* in Losoncz) und ins Französische (*Gardeil & Wintzweiler* in Nancy).

[2]) *Medem,* Instruktion und Fragebogen für Brandstiftungsuntersuchungen (2), Greifswald 1889, eine sehr bemerkenswerte und brauchbare Arbeit. — Von einem weiteren Buch über Brandstiftungsuntersuchungen ist mir erst die Ankündignng zu Gesichte gekommen: *Weingart,* Handbuch für das Untersuchen von Brandstiftungen. Leipzig 1895. Siehe diese Zeitschrift, IX, Seite 411.

weitere Gebiete von ihm in Bearbeitung genommen würden. Natürlich, weil eben das Gebiet des Wissens und Könnens des Untersuchungsrichters keine von Anfang an bestimmbaren Grenzen hat. (Diese Sachlage legt es uns nahe, dem Verfasser dieser Encyklopädie des Untersuchungsrichters die Frage zu unterbreiten, ob nicht in der Folge der bald unförmlich gewordene Band in eine Taschen- oder Handbibliothek für Untersuchungsbeamte zerlegt werden sollte. Neben andern Vorteilen wäre das successive Anfügen neuer Bearbeitungen, die raschere Berücksichtigung neuerer Technik in bearbeiteten Gebieten leichter möglich, und es könnten dann auch jene Bändchen herausgegeben werden, von denen der Verfasser wünscht, dass sie nur in die Hand von Beamten zum Gebrauche im Amte kommen; das lässt sich ja auch bewerkstelligen.) Diese Bearbeitungen einzelner Kenntnisse und Fertigkeiten sind nun aber nicht in der Weise geschehen, dass ein Auszug aus der betreffenden „Hülfswissenschaft" gegeben würde, sondern es sind die besonderen Beziehungen des Hülfszweiges zur Untersuchungskunde als Ausgang genommen und es wird sofort die Anwendung auf die Untersuchung dargestellt. Das stellt die Zugehörigkeit zum Ganzen und die Einheit desselben wieder her.

Den Kern, um den sich diese Schalenteile gruppieren, bildet aber die allgemeine Untersuchungskunde, dieses System von leitenden Grundsätzen und Verhaltungsregeln, die als Niederschlag von nach wissenschaftlicher Methode gesammelten und gesichteten Lebenserfahrungen erscheinen und mit den Ergebnissen verschiedener Wissenszweige wie z. B. der Psychologie vergleichend und kritisch zusammengestellt worden sind. Das ist also nicht eine neue Wissenschaft, sondern ein Sammelpunkt von Kräften aus verschiedenen Gebieten, um sie in die nützliche Arbeit des Untersuchungsrichters umzusetzen; eine Theorie der Technik, wir dürfen geradezu sagen der Kunst des Untersuchungsrichters, der nach den juristischen Universitätsstudien nun in das Polytechnikum der Untersuchungskunde tritt.

Die Technik der Untersuchung führt hinüber zur Ausübung derselben, und wir kommen zu der dritten Anforderung an den Untersuchungsrichter, *die Fertigkeiten,* und zwar nicht nur eine Summe von kleinen technischen Hülfsfertigkeiten, sondern die Fertigkeit, Untersuchungen mit Erfolg zu führen. Das ist es, was erst den Untersuchungsrichter ausmacht, so sehr, dass der Mann, der, genial oder instinktiv, stets oder doch wenigstens in der Mehrzahl

der Fälle das Richtige zu treffen weiss, es nicht mehr durchfühlen lässt, dass er vielleicht gar keine Vorbildung genossen, ja wir haben sogar die Erfahrung gemacht, dass hervorragende Fertigkeiten grössere und kleinere Defekte des Charakters vergessen liessen, eine allerdings recht gefährliche und bedenkliche Erscheinung. Dann giebt es auch Leute mittelmässigen Geschickes, aber fleissig und gewissenhaft, die nach einer längern Lehrzeit, die sie in amtlicher Stellung auf Kosten des Staates, der Gesellschaft und der Angeschuldigten gemacht, zu einer gewissen befriedigenden Routine gekommen sind und dann mit unendlichem Stolz herabblicken auf den Juristen, der nach glänzend bestandenen Prüfungen, aber ohne praktische Vorbereitung zunächst etwas unbeholfen an die „selbstverständlichsten" Dinge in der Praxis herantritt. Und im ersten Unmut wirft der Neuling seinen ganzen wissenschaftlichen und theoretischen Rüstzeug von sich, um sich nun rein der imponierenden Routine hinzugeben, nicht ahnend, welcher kostbaren Waffen, die nur den richtigen Gebrauch und Unterhalt verlangen, er sich dadurch entäussert.

Aus den Anforderungen an den auf ein Untersuchungsamt Hinstrebenden ergeben sich umgekehrt die Anforderungen, die er stellen darf an die Einrichtungen, welche zu seiner Vorbildung nötig sind.

Wir sind von der Rechtswissenschaft ausgegangen und haben darüber hinaus ein möglichst grosses Mass von allgemeiner Bildung gewünscht. Juristische und allgemeine Bildung sich zu verschaffen, dazu bietet ja die Schweiz Universitäten in Fülle. Gewiss kann diese Bildung unter Umständen auch anderswo geholt werden, wir haben hervorragende Männer in hohen Stellungen, die Autodidakten waren und mit recht unvollkommenen, alten Lehrmitteln sich beholfen haben; besondere Begabung überwindet auch grössere Schwierigkeiten. Aber es wäre einfältig, den mühsameren und unsichereren Weg zu betreten, wenn einem der sicherere und raschere Weg offen steht. Und warum erlauben wir uns diese fast luxuriöse Ausstattung unseres kleines Landes mit Hochschulen, wenn wir nicht von der grossen und ernsten Arbeit, die da geleistet wird, den ausgiebigsten Gebrauch machen wollen für unsere Beamtungen? Allerdings bestehen auch für unsere juristischen Fakultäten noch gewisse Reformfragen, an denen die Heranbildung künftiger Untersuchungsrichter beteiligt ist. So muss von der Hochschule ganz entschieden verlangt werden, dass die wissenschaftliche Durcharbeitung des geltenden heimischen Rechtes in den Mittelpunkt

gestellt und alles andere nur als Propädeutik und Stoff zur Rechtsvergleichung behandelt werde, — man denke sich den armen Untersuchungsbeamten, der nach so und so viel Semestern erst noch im Leben draussen das Recht, das er anzuwenden hat, studieren soll. Aber es darf versichert werden, dass diese Reformfragen auf dem besten Wege befriedigender Lösung sich befinden. Und für die Anleitung zu selbständigem Arbeiten und zur praktischen Anwendung der juristischen Theorie ist nun doch seit Jahren recht Befriedigendes in den Seminarien geschehen.

Was nun aber die specielle theoretische Vorbildung für künftige Untersuchungsbeamte anbetrifft, so wird hierfür unsäglich wenig gethan. Was da für ihn etwa abfällt an praktischen Winken in der Theorie des Strafprozesses, ist recht spärlich, die Untersuchungskunde gehört aber auch nicht in die juristischen Vorlesungen über Strafprozess, und die kriminalistischen Seminarübungen arbeiten mehr darauf hin, den Rechtskonsulenten und den gerichtlichen Redner auszubilden. Nur ab und zu kann die Aufmerksamkeit auch auf den Gang der Untersuchung gelenkt werden. Solange freilich unsere Politiker den Hauptzweck der Hochschulen darin erblicken, als Wappenzier des kantonalen Schildes zu dienen, statt dass darauf gesehen wird, dass das gesamte Hochschulwesen wirklich auch alle Bedürfnisse und Anforderungen erfülle, wird es bei der Zersplitterung der Mittel recht schwer halten, dem Bedürfnisse voll zu genügen, aber wir müssen es doch betonen und das Programm der Ausführung skizzieren, in der Hoffnung, dass sich da oder dort vielleicht doch Mittel und Wege finden, wenigstens einen Anfang der Ausführung zu unternehmen. Und das ist immerhin besser als gar nichts. Unsere polytechnische Schule stattet den Berufsmann mit allem aus, was er im Leben braucht; unsere Hochschule hält dafür, dass ihre Begriffsschulung den jungen Mann befähige, später im Leben, wo die Anforderungen der täglichen Arbeit ihn ganz erfüllen, leicht sich noch anzueignen, was er an Kenntnissen braucht, sie überliefert ihn damit von vornherein der Routine.

Wie wir gesehen, giebt es in der That eine Theorie der Untersuchungskunst, eine Theorie, die in systematischem Aufbau dem Schüler ein ungeheures Erfahrungsmaterial an die Hand geben kann, zu dessen Erwerbung ein langes Leben in der Praxis nicht hinreichen würde. Gerade diese systematische Durcharbeitung des vorhandenen Erfahrungsmaterials befähigt den Beamten, in der Praxis zu beobachten und seine individuellen Erfahrungen richtig einzureihen.

Diese theoretische Vorlesung wäre ihm, was dem künftigen Lehrer die Pädagogik.

Nun ist aber die Untersuchungskunde die Theorie einer Kunst und es muss daher zum Vortrag und zur bloss gedächtnismässigen Aneignung noch weiteres hinzutreten.

Das eine ist der Anschauungsunterricht. *Gross* hat sich mit seinen Anregungen und Bemühungen für die Gründung von Kriminalmuseen hohe Verdienste erworben. Ein solches ist von ihm in Graz gegründet worden. [1]) In Berlin ist durch das königliche Polizeipräsidium ein Kriminalmuseum eingerichtet worden. Wir verdanken dem hohen Beamten die nachstehenden Mitteilungen über die Anlage der Sammlung:

„Das königliche Museum besteht aus drei auch räumlich getrennten Abteilungen.

An Werkzeugen enthält die erste Abteilung solche, welche zu Verbrechen wider die Person und das Leben, die zweite solche, welche zur und bei Ausführung von Diebstählen, und die dritte solche, welche zur Ausführung von Betrügereien und zur Herstellung falschen Geldes benutzt sind.

An Photographien und Zeichnungen enthält die erste Abteilung die der Thatorte und der Opfer von Kapitalverbrechen. Die zweite Abteilung enthält Photographien der Diebeswerkzeuge und einzelner durch Brechwerkzeuge beschädigter oder zerstörter Gegenstände, während die dritte solche von gefälschten Billets, Wechseln u. dgl. aufweist.

In den beiden ersten Abteilungen werden dann noch aufbewahrt von den Verbrechern aufgenommene Fussspuren, von ihnen zurückgelassene oder ihnen im Kampf ent- oder abgerissene Gegenstände und eventuell auch Körperteile des Opfers, wenn diese bei oder zur Ermittlung des Thäters von Bedeutung sein können, z. B. Haare, ein Teil der Hirnschale, in welchem ein eigenartig geformtes Werkzeug, mit dem das Verbrechen ausgeführt ist, seine Spuren zurückgelassen hat; ferner Teile von Gegenständen, an denen sich gleiche Spuren vorfinden oder deren Beschädigungen auf bestimmte Werkzeuge hinweisen.

---

[1]) *Gross*, das Kriminalmuseum in Graz. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, XVI, S. 75. — Auf Anregung von Prof. v. Liszt ist dem kriminalistischen Seminar in Halle die Errichtung einer kriminalistischen Sammlung bewilligt worden. Gleiche Zeitschrift, XV, S. 215.

Die zweite Abteilung enthält auch Gegenstände, welche von der Polizei zur Bewältigung und Fesselung von Verbrechern angewendet werden.

In der dritten Abteilung werden ausser den bereits erwähnten Werkzeugen und Photographien Originale gefälschter Checks und Kreditbriefe, ferner wertlose Anteilscheine, ausser Kurs gesetzte Noten und falsches Geld in Münzen und Scheinen aufbewahrt.

Gewissermassen eine Abteilung für sich, doch räumlich der zweiten eingefügt, bildet die Handschriftensammlung, die nicht nur den Kriminalisten dienen, sondern auch den Graphologen, und von allgemeinem Interesse sind."

Diese Handschriftensammlung muss in der That das erhoffte allgemeine Interesse erregen, nachdem dieselbe durch Zuwendungen aus Strafanstalten vergrössert, nunmehr die selbst und eigenhändig geschriebenen Lebensbeschreibungen von 43 Mördern und Schriftproben von 243 Einbrechern, die zum Teil ihr verbrecherisches Gewerbe im Umherreisen auszuüben pflegen, die von 6 Hehlern, 193 Hochstaplern, 4 Falschmünzern, 45 Erpressern, 16 Bettelbriefschreibern, 4 Schlafstellendieben, 4 Denunzianten und Querulanten und 60 Bestellzettelfälschern enthält. [1])

Das Programm des Grazer Museums, wie es uns in dem bereits erwähnten Aufsatze dargelegt wird, hat nach einer für den Unterricht sehr wichtigen Seite eine Erweiterung in Aussicht genommen. In einer Gruppe sollen blosse „Vergleichsobjekte", die nicht direkt mit einer Strafsache zusammenhängen, sondern entweder anderweitig entstanden sind oder besonders hierfür erzeugt wurden, um im Ernstfalle als belehrendes Parallelobjekt dienen zu können, z. B. durchworfene Fensterscheiben, bei denen Wurfprojektil, Entfernung, Kraft u. s. w. genau bekannt ist, gesammelt werden. Dazu gehört eigentlich auch jene Gruppe, in der zu Belehrungszwecken erzeugte Blutspuren aufbewahrt werden.

Bei der Sammlung von Gegenständen, die aus wirklichen Untersuchungen herrühren, ist zweierlei zu beobachten. Einmal muss von dem abliefernden Beamten mindestens eine kurze Notiz gewünscht werden, welche Bedeutung der Gegenstand in der Untersuchung gehabt habe, z. B. durch einen Auszug aus dem Sachverständigen-

[1]) Wir verdanken alle diese Mitteilungen dem freundlichen Entgegenkommen des königlichen Polizeipräsidenten von Berlin, Herrn von Windheim, der uns dieselben behufs Antragstellung an die Behörden über die Einrichtung einer solchen Sammlung in Zürich gütigst übermittelt hatte.

gutachten. Anderseits ist mit peinlicher Sorgfalt die Herkunft eines jeden Gegenstandes aufzuzeichnen, um ihn im Bedarfsfall sofort der requirierenden Behörde wieder aushingeben zu können. Gerade darüber bestehen in Graz und Berlin eingehende Vorschriften.

Für unsere kleinen und kleinstädtischen Verhältnisse wird die Anlegung solcher Sammlungen zwar nicht gerade an der Dürftigkeit des Materials scheitern, aber es wird geraume Zeit dauern, bis ein ansehnlicher Grundstock sich angehäuft haben wird, auch wenn aus mehreren Kantonen die Gegenstände, die sonst unbenutzt herumliegen und schliesslich verloren gehen oder zerstört werden, eingeliefert werden. Um so rascher sollte mit der Sammlung begonnen werden, um für den Unterricht, der schliesslich ja auch Selbstunterricht sein kann, ein nützliches und sogar notwendiges Hülfsmittel zu gewinnen.

Das andere, das zum Vortrag der Untersuchungslehre noch hinzutreten sollte, ist der applikatorische Unterricht. Jedem Unterricht in der Theorie einer Kunst oder Technik, sofern er wenigstens ausübende Künstler oder Praktiker heranbilden soll, muss die Demonstration, das Zeigen, wie man es macht, folgen, und der Schüler muss selber auf Grund der durch Wort und Demonstration gegebenen Anleitung probieren. Das kann sich einmal beziehen auf einzelne Fertigkeiten des Untersuchungsbeamten. Jeder Lehrer wird im stande sein, dem Schüler den Auftrag zur Beschreibung eines Lokals mit Skizze zu erteilen und die Arbeit zu prüfen und zu verbessern, über irgend einen gleichgültigen Vorgang wird vielleicht ein zweiter Übungsteilnehmer als Zeuge zu Protokoll einvernommen von einem dritten solchen u. s. w. u. s. w. Nicht jeder Lehrer wird dem Schüler vormachen können, wie man eine Fussspur geschickt aufnimmt, Fingerabdrücke herstellt und beurteilt, Chiffernschrift entziffert, aber der Lehrer sollte sich wenigstens erkundigt haben, an wen er die Schüler adressieren könne.

Nun denke ich mir aber die applikatorische Methode noch in ganz anderer Weise auf die allgemeine Untersuchungslehre angewendet, etwa so, wie seit Jahrzehnten mit grösstem Erfolge in den Militärschulen Kriegsgeschichte betrieben wird.

Der Lehrer enthebt einzelne Untersuchungen aus den Gerichtsarchiven und ordnet sie zunächst nach dem Grade der Einfachheit der Untersuchung, um mit einem einfacheren Falle zu beginnen. Zuerst wird dem Schüler die Anzeige des Verbrechens vorgelesen und derselbe veranlasst, daraufhin als Untersuchungsbeamter die

ihm richtig scheinenden Anordnungen zu treffen. Sodann wird mitgeteilt, was thatsächlich der Untersuchungsrichter gethan hat, diese Anordnung wird mit der vom Schüler vorgeschlagenen verglichen und kritisiert. Die Mitteilung des Ergebnisses der Erhebungen giebt Anlass, die Frage zu stellen, was weiter zu thun sei, bis schliesslich die ganze Untersuchung durchgearbeitet ist. Es ist klar, dass das auf seiten des Übungsleitenden eine ungemein sorgfältige Vorbereitung erheischt, dann aber auch sehr instruktiv und anregend wirken muss.

Eine andere Art der Behandlung ist die, dass anlässlich der Bearbeitung einer Kriminalprozedur aus den Archiven ein Berichterstatter über den Gang der Untersuchung ernannt wird, der diesen Gang zu schildern und zu kritisieren hat.

Für den Unterricht würde ich aus verschiedenen Gründen wirkliche Aktendossier als das weitaus geeignetste Material betrachten. Für den Selbstunterricht, der ja immer noch nebenher gehen muss, ist auch die Lektüre guter Darstellungen von Kriminalprozessen, wenn dabei der Gang der Untersuchung eingehender berücksichtigt worden ist, von grossem Nutzen. *Pfisters* merkwürdige Kriminalfälle, mit besonderer Rücksicht auf die Untersuchungsführung (5 Bände, Frankfurt a. M. 1820), sind hier immer noch mustergültig, fast Schritt für Schritt begleiten kritische Bemerkungen den Gang des Untersuchungsrichters und fordern das Nachdenken des Lesers heraus. In ähnlicher Weise hat *C. Widmer* thurgauische Straffälle bearbeitet und herausgegeben (Zürich und Frauenfeld 1846).

Hat die Schule dieses alles geleistet, so hat sie ihre Aufgabe gethan und kann nun den Schüler dem Leben übergeben. Aber auch dann noch kann der junge Mensch nicht einfach mit der selbständigen Führung eines verantwortungsvollen Amtes betraut werden. Die Advokatur verlangt in andern Ländern gesetzlich, bei uns thatsächlich von ihren Adepten ein „stage", die praktische Arbeit unter Leitung eines tüchtigen Anwaltes. *Gross* schildert uns die Schwierigkeiten, welche sich diesem Anlernen durch einen ältern Untersuchungsbeamten entgegenstellen, und wir würdigen diese Schwierigkeiten vollkommen. Wesentlich anders gestaltet sich die Sache, wenn der junge Mann dem Beamten als Hülfsarbeiter, zur Protokollführung, Conception von Ersuchschreiben, Ausführung einfacherer Aufträge und Erhebungen, Ordnen der Akten u. s. w., für einige Monate beigegeben wird. Der Untersuchungsrichter erhält eine wirkliche Hülfe, der junge Mann nimmt teil an seinen Arbeiten und lernt

dabei ungemein. Von grossem Nutzen für den Untersuchungsbeamten wäre aber auch eine Bethätigung bei der Kriminalpolizei. Ein gut organisiertes und gut geleitetes Polizeicorps sollte die zeitweise Mitarbeit theoretisch und praktisch vorgeschulter junger Leute doch wohl auszunutzen verstehen und diese Ausnutzung so gestalten, dass der junge Mann dabei recht viel und recht vielerlei lernen kann. Ich denke, es braucht nirgends einer Gesetzesänderung, um solche Lehrstellen einzurichten, wie sie bei den Gerichten ja auch für sogenannte Auditoren bestehen. Auf die Benutzung der gebotenen Gelegenheiten wäre dann allerdings dadurch zu wirken, dass niemand zu einem Untersuchungsamte berufen würde, der nicht eine solche praktische Vorschule durchgemacht.

Endlich der Abschluss der Bildung in der Schule der Berufsausübung. Der Vernünftige hört nie auf zu lernen, und möge sich jeder Untersuchungsbeamte einprägen, was *Gross* vom eifrigen Untersuchungsrichter im Amte sagt: „Er wird bei jedem Spaziergang z. B. Fussspuren verfolgen, die er im Kot, im Staube der Landstrasse findet; Spuren von Tieren, von Wagenrädern, Eindrücke im Grase, wo jemand sass oder lag, wo eine Last hingelegt war; weggeworfene Papierstückchen, Verletzungen an Bäumen, weggehobene Steine, Scherben von Gläsern oder Töpfen, auffallend geschlossene oder geöffnete Thüren oder Fenster, alles kann dem Untersuchungsrichter Anlass geben, daran Kombinationen zu knüpfen und zu trachten, sich das Vorausgegangene zu erklären. Ebenso versäume der angehende Untersuchungsrichter keine Gelegenheit, um irgend eine Hantierung, das Arbeiten eines Handwerkers, die Kunstgriffe eines Technikers kennen zu lernen — last not least sich Menschenkenntnis zu verschaffen. Hierzu ist jeder Mensch, mit dem wir verkehren, als Objekt zu gebrauchen, und wer eifrig studiert, kann auch da vom Albernsten lernen.“ — Dieser Mahnung ist noch die Bitte beizufügen, dass der Untersuchungsbeamte in der Praxis es nicht versäume, in der ja nicht allzu umfangreichen kriminalistischen Litteratur auf dem Laufenden zu bleiben, es ist dies die grosse Sammelstelle der Erfahrungen und Forschungen, sie wird oft unsern Untersuchungsbeamten neue Erscheinungen im Verbrecherleben der europäischen Grossstädte signalisieren, die dann später erst (diese Erscheinungen breiten sich bekanntlich in ähnlicher Weise aus, wie die Mode) in unsern kleineren Verhältnissen auftreten. Die Aufgabe, mit der Litteratur auf dem Laufenden zu bleiben, ist allerdings für den in angestrengter Thätigkeit befindlichen Beamten keine Kleinig-

keit. Sie muss ihm möglichst erleichtert werden. Wenn in unseren Tagen viel von University-extension gesprochen und von diesen Stellen, die die neuen Erscheinungen des gesamten geistigen Lebens zu registrieren und an letzterem hauptsächlich mitzuarbeiten berufen sind, verlangt wird, dass sie die Ergebnisse zum Gemeingut der Bildung des ganzen Volkes machen sollen, so ist noch vielmehr von ihnen zu fordern, dass sie die Sammlung, Sichtung und übersichtliche Darlegung des Stoffes für die zunächst interessierten Berufskreise übernehmen. Die möglichen Formen dieser Mitteilung sind mannigfaltige: Vorlesungen, die so angelegt und auf passende Tagesstunden verlegt werden, dass sie von den Praktikern des Umkreises besucht werden können, besondere, periodisch sich wiederholende Informationskurse [1]) u. s. w.

Die Internationale kriminalistische Vereinigung hatte für ihre Hauptversammlung in Linz (1895) die hier besprochene Frage der berufsmässigen Ausbildung des Kriminalisten auf die Verhandlungsliste gebracht und über Gutachten von *Gross* und *Lepař* dieselbe beraten. [2]) Die Meinungen gingen ausserordentlich auseinander und die Resolution, auf die man sich zuletzt einigte: „Wünschbar sei es, dass die Kriminalisten nicht bloss mit dem Texte des Strafgesetzes vertraut gemacht werden, vielmehr ihnen, sei es durch fakultative Kurse für Studenten, sei es durch besondere, für praktische Juristen bestimmte Kurse, ausgedehntere und gründlichere Kenntnisse beizubringen, die sich hauptsächlich auf die allgemeinen Ursachen des Verbrechens, auf die Eigenart der Verbrecherwelt und auf die beste Art des Strafvollzuges zu erstrecken hätten“, lässt an Allgemeinheit nichts zu wünschen übrig. Nach meinem Erachten sind hier zwei Fragen miteinander vermengt worden.

Die erste Frage ist diejenige der Reform des Rechtsstudiums überhaupt und des Studiums der Strafrechtswissenschaften insbesondere. Die Unerlässlichkeit der wissenschaftlichen Erfassung des normbedürftigen Lebensverhältnisses ist, bei aller Achtung vor den Leistungen der begriffsentwickelnden Jurisprudenz und ihrem praktischen Nutzen, in unserer Zeit zum allgemeinen Bewusstsein gekommen. Die kriminalpolitische Richtung in der Strafgesetzgebung

---

[1]) Wir verweisen auch hier auf *Gross*, Ein Kurs über Kriminalistik für die Instruktionsoffiziere der k. k. österreichischen Gendarmerie. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft, XIV, S. 677.

[2]) Mitteilungen der Internationalen kriminalistischen Vereinigung, V, S. 312, 323 und 462.

hat sich in erfreulicher Weise Bahn gebrochen, der Gesetzgeber kann sich nicht mehr auf die Mystik der logischen Notwendigkeit stützen, er muss mit der Notwendigkeit der Thatsachen rechnen. Je mehr aber die Gesetzgebung von dieser Richtung beherrscht wird, desto mehr ist auch jedem, der das Gesetz anzuwenden hat, die Erfassung der von der Norm beherrschten Lebensverhältnisse notwendig. Die Kriminalpolitik, die Lehre von den Ursachen des Verbrechens und den Bekämpfungsmethoden ist kein blosses Sammelsurium zusammengetragener Stücke verschiedener Wissenszweige, sondern eine selbständige Disciplin, die zum notwendigen Bestande einer rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät gehört.

Die zweite Frage ist, ob und wie die Hochschule auch den zukünftigen Untersuchungsbeamten in seinen Beruf einzuführen habe. An unsern Universitäten bestehen Seminare, alle mit der Aufgabe, den in den Vorlesungen zu rezeptiver Thätigkeit angeleiteten Studierenden zu produktiver Thätigkeit anzuleiten, und zwar ist wenigstens ein Teil der Seminarübungen so angelegt, dass für die Arbeiten Aufgaben gestellt werden, die möglichst nahe den Aufgaben und Formen des praktischen Berufslebens kommen. In dieser Richtung wird, wie oben erwähnt, recht Erfreuliches gethan für die praktische Anleitung des zukünftigen Anwaltes und Richters, gar nichts für den zukünftigen Untersuchungsbeamten. Dass diese Lücke ausgefüllt werde, ist ein zweites Postulat.

Die Art der Erfüllung des zweiten Postulates wird sich nach den besondern Verhältnissen der einzelnen Länder und ihrer Einrichtungen verschieden gestalten. Wir hatten natürlich in unsern Auseinandersetzungen die uns nächstliegenden Verhältnisse, die schweizerischen, im Auge. Und nicht einmal da sind die Verhältnisse gleich. Vieles, was wir gesagt, nimmt hauptsächlich Bezug auf städtische Bezirke, wo wir wirklich vollbeschäftigte und nur diesem Beruf lebende Beamte haben. Da ist aber auch die Hebung des Untersuchungswesens am dringendsten erforderlich. Die guten Nachwirkungen auf das Untersuchungswesen in ländlichen Bezirken werden nicht ausbleiben. Auch werden aus einem so vorgebildeten Untersuchungsbeamtenkörper vorzügliche Staatsanwälte und treffliche Strafrichter hervorgehen.

Le futur Code pénal suisse

et

la question des mœurs[1])

par

Louis Bridel
professeur a la faculté de droit de Genève.

L'unification du droit devient en Suisse de jour en jour plus urgente, au point de vue politique et national aussi bien qu'au point de vue juridique.

Il nous faut un droit qui vienne remplacer la multiplicité de nos petites législations cantonales, si défectueuses à tant d'égards et dont la coexistence entraîne des difficultés pratiques innombrables; sans parler des inégalités choquantes qui résultent d'un pareil état de choses: ce qui est légal dans tel canton étant considéré comme illégal dans tel autre.

Il nous faut un droit qui nous donne de plus en plus conscience de notre nationalité, au milieu des grands Etats qui nous entourent et dont chacun possède son Code civil et son Code pénal.

Ce que la France et l'Autriche ont réalisé au commencement de ce siècle, l'Italie dès sa reconstitution politique et l'Allemagne tout récemment, — la Suisse également doit le faire: nous aussi, nous devons avoir un droit national, et qui soit à la hauteur des idées modernes.

L'existence des cantons ne saurait exiger la permanence d'une diversité juridique digne du moyen âge. Réunir les deux questions, et les considérer comme naturellement jointes l'une à l'autre, serait

---

[1]) Mémoire présenté à la Conférence de la Fédération abolitionniste internationale; Berne, 18 septembre 1896.

souverainement impolitique de la part des partisans du fédéralisme et risquerait fort d'aller à fin contraire de leurs vœux les plus chers et les plus légitimes.

Bientôt d'ailleurs, on peut l'espérer et tout porte à le croire, bientôt luira le jour de cette unification du droit, au sujet de laquelle un accord presque inattendu semble se faire. Un Avant-Projet de Code pénal a été dernièrement élaboré par M. le professeur Stooss, ainsi qu'un Avant-Projet de Code civil (droit des personnes et de famille, droit de succession) par M. le professeur Huber.

C'est avec une vive satisfaction que nous saluons l'apparition de ces travaux, pour le prochain aboutissement desquels nous faisons les vœux les plus sincères; d'autant plus que nous sommes en présence d'œuvres dont les auteurs ont fait preuve l'un et l'autre d'un remarquable talent de législateur, dans la plus noble acception du terme.

La future codification civile et pénale de la Suisse n'intéresse pas uniquement notre petite patrie; elle peut avoir une portée considérable pour d'autres pays encore.

Lorsqu'une législation nouvelle est vraiment bien faite, avec science et conscience; lorsqu'elle répond à l'idée de la justice et lui donne satisfaction, sans négliger les exigences de la pratique et en tenant compte de ce qui est effectivement réalisable: elle opère toujours certains progrès, que l'on peut s'approprier ou dont il est possible de tirer parti ailleurs que dans l'Etat auquel elle est spécialement destinée.

Et quand il s'agit d'une codification élaborée pour un pays „composite“ comme le nôtre, une telle entreprise devant nécessairement être une œuvre de fusion entre l'élément germanique et l'élément roman, il en résulte comme un travail préparatoire en vue d'un futur „droit occidental“, pour me servir d'une expression qui s'explique assez d'elle-même.

Le droit national suisse, quand il existera, sera certainement de nature à exercer une influence internationale considérable, et cela dans un avenir qui peut n'être pas aussi éloigné qu'on serait tenté de le penser au premier abord. La position centrale de notre pays et le rôle qu'il remplit actuellement déjà, en tant que siège de plusieurs grandes Unions plus ou moins universelles, me paraissent venir à l'appui de cette manière de voir.

Mais pour pouvoir exercer cette influence au delà de nos frontières, il faut que la législation suisse parvienne à formuler le droit

des temps nouveaux mieux que n'ont su le faire les codes même les plus récents des autres pays.

Comme le dit M. Anton Menger, dans sa brillante critique du Projet de Code civil allemand: „C'est vers l'avenir, et non vers le passé, que le législateur digne de ce nom doit diriger ses regards". Sans faire abstraction de l'histoire, ce qui serait d'ailleurs fort malaisé, il faut essentiellement envisager *ce qui doit être.*

L'Avant-Projet de Code pénal, voilà ce dont nous avons plus particulièrement à nous occuper ici.

Le Projet du professeur Stooss, après avoir été soumis à l'examen d'une commission d'experts, a été publié au mois de mars 1896. C'est incontestablement une œuvre supérieure et dont la mise en vigueur constituerait un grand progrès sur le droit actuel de la plupart de nos cantons, sans parler de l'étranger; une œuvre de progrès, notamment en quelques-unes des matières que nous aurons à examiner de plus près.

Nous en reconnaissons les mérites. Mais cela ne doit pas nous empêcher d'en signaler certaines lacunes, de formuler quelques critiques, et de proposer les modifications qu'il nous paraît devoir subir. L'intérêt même que nous portons au futur Code pénal fait que nous le voulons à la hauteur des exigences de notre époque, à tous les points de vue; et spécialement en ce qui concerne le sexe féminin, dont les droits et les intérêts, lorsqu'ils entrent ou paraissent entrer en conflit avec ceux du sexe masculin, ont été trop longtemps méconnus, si ce n'est foulés aux pieds par la plupart des législations civiles et pénales, en Suisse comme ailleurs.

Notre codification nationale doit être aussi parfaite que possible, une œuvre de justice pour tous; de sorte que la terre classique de la liberté politique soit également dans l'avenir la terre sacrée du bon droit, pour la femme aussi bien que pour l'homme, — et que l'étranger n'ait rien de mieux à faire, un jour, que de suivre l'exemple donné par la petite République . . . Il est permis d'avoir de l'ambition pour son pays!

Les dispositions de l'Avant-Projet qui doivent spécialement attirer l'attention de quiconque s'occupe de la „question des mœurs" au point de vue légal, sont les suivantes:

Articles 103 à 107 (délits contre la liberté individuelle), 108 à 125 (délits contre l'intégrité sexuelle), 232 et 233 (provocations publiques outrageantes ou déshonnêtes). — On peut mentionner encore les articles 26, 55 à 57, 248, etc.

Mais il faut se restreindre. Laissant donc de côté un certain nombre de critiques portant sur des points d'ailleurs intéressants mais relativement secondaires, nous bornerons nos observations à celles de ces dispositions qui sont le plus directement en rapport avec l'œuvre poursuivie par la Fédération, en les groupant sous les chefs que voici:

1° Prostitution et questions connexes;

2° Proxénétisme ou trafic de la débauche d'autrui;

3° Atteintes à la pudeur des enfants;

4° Contrainte et séduction.

Pour plus de clarté et afin d'éviter certaines confusions, les articles de l'Avant-Projet seront transcrits en petits caractères; tandis que les propositions faites en modification de ces textes seront en italiques.

I.

Prostitution et questions connexes.

Avant de procéder à la critique des dispositions de l'Avant-Projet concernant la prostitution, nous devons chercher à déterminer et à délimiter le rôle de la loi dans ce domaine.

Mais d'abord, de quoi s'agit-il: qu'est-ce que la prostitution? — une question sur laquelle il faut être préalablement au clair, quelles que puissent être les difficultés d'une bonne définition en pareille matière. [1])

La prostitution, me semble-t-il, consiste dans le double fait de la femme qui s'offre pour de l'argent et de l'homme qui la paie afin qu'elle se livre à lui.

Nous sommes en présence d'un fait qui suppose deux agents. Pas de prostitution possible de la part de la femme sans la participation de l'homme. Il s'agit d'un acte bilatéral. Le simple fait de l'offre, sans contre-partie, n'est pas encore de la prostitution; c'est autre chose.

Il n'en est pas ici comme pour le vagabondage, par exemple, où n'intervient qu'un seul agent. En matière de prostitution, il y en a nécessairement deux.

---

[1]) Voir mes brochures: *Les délits contre les mœurs.* Genève 1888. — *Mesures légales propres à restreindre la prostitution.* Genève 1893. — *Questions féministes: Les deux morales; Les droits de la femme et la famille.* Genève 1896. — *La question des mœurs et l'Etat.* Genève, mars 1896.

Voilà une face de la question qu'il importe essentiellement de ne pas laisser dans l'ombre, comme il arrive trop souvent. Perdre de vue l'un des éléments en cause et négliger le fait de l'homme, pour ne s'en prendre qu'à la femme, ne saurait aboutir qu'à des conséquences parfaitement fausses et souverainement injustes.

Et maintenant, en présence de ce double fait, quel est le rôle de la loi?

Pleinement d'accord avec l'idée qui ressort des articles 116 et 117 de l'Avant-Projet, il nous paraît évident que l'Etat ne doit en aucune façon réglementer la prostitution en cherchant à l'organiser d'une manière ou d'une autre. Avec la réglementation, l'Etat se rend lui-même coupable de „proxénétisme officiel" ou de favorisation de la débauche, sans parler des atteintes à la liberté individuelle qui résultent inévitablement du système.

Mais, le système de la „réglementation" étant écarté, il faut éviter avec soin une autre impasse dans laquelle il est facile de s'engager: ce qu'on peut appeler l'erreur de la „prostitution-délit." L'Avant-Projet n'est pas exempt de tout reproche à cet égard; ou, plus exactement, il porte la trace de certaines hésitations qui doivent entièrement disparaître.

Prétendre que la prostitution étant contraire à la loi morale et pouvant d'ailleurs présenter divers dangers pour la société, l'Etat doit la réprimer en frappant les femmes qui s'y livrent: c'est doublement faire fausse route.

D'une part, en effet, on tombe ainsi dans la confusion si dangereuse des deux domaines du droit et de la morale; d'autre part, on commet une injustifiable inégalité de traitement en ce qui concerne les deux parties en cause.

S'il fallait traiter la prostitution comme un acte délictueux, l'homme devrait être atteint par la loi pénale aussi bien que la femme dont il est le complice ou le coopérateur. L'immoralité, sur laquelle on insiste pour prendre des mesures d'exception contre les prostituées, serait-elle moindre de la part de l'homme qui paie que de la part de la femme qui est payée? Et les dangers qui peuvent résulter de la prostitution, au point de vue de l'ordre public et de l'hygiène, ne sont-ils pas occasionnés par l'homme tout autant que par la femme?

Mais, en elle-même, la prostitution ne présente pas les caractères constitutifs d'un „délit" ou d'une infraction. Quelque répréhensible qu'il puisse être au point de vue moral, le fait en question

doit échapper à la loi. — La Commission d'experts qui a travaillé à l'élaboration de l'Avant-Projet s'est catégoriquement prononcée dans ce sens.

Pour qu'il y ait délit ou infraction, il faut un acte qui porte atteinte aux droits d'autrui ou à l'ordre public. En l'absence de ces éléments, il ne saurait être question de répression pénale.

Légalement, chacun a le droit de disposer de sa personne. Ni la répétition du fait, ni le gain perçu ne sauraient transformer un acte licite en un acte illégal et passible d'une peine.

Mais si la prostitution en elle-même n'est pas un délit, elle peut donner lieu à des actes délictueux. Certaines de ses manifestations étant de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux droits d'autrui, la loi doit les réprimer.

Il en est ainsi quant aux faits suivants: publicité donnée à la débauche, provocations publiques outrageantes ou déshonnêtes, scandale ou trouble occasionnés par l'inconduite. Voilà des actes qui ont un caractère délictueux et que la loi ne saurait ignorer. Ces délits ou ces infractions peuvent d'ailleurs être commis par l'homme aussi bien que par la femme.

Dans ces limites, la loi pénale peut et doit intervenir; mais non pas au delà. Et cette intervention doit se manifester par des dispositions légales qui soient claires, précises, non équivoques.

Cela dit, nous transcrivons ici les textes de l'Avant-Projet relatifs à cette matière; après quoi, viendront nos observations et nos critiques.

Art. 232.

Seront punies de l'amende jusqu'à cent francs ou des arrêts: la fille (eine Dirne) qui se livrera habituellement à la prostitution de façon à troubler les autres habitants de la maison ou le voisinage; la fille qui s'offrira publiquement à la prostitution.

Si, dans l'année qui a précédé l'infraction, la fille avait subi la peine des arrêts pour une de ces contraventions, le juge pourra ordonner son renvoi dans une maison de travail pour une durée de 1 à 3 ans.

Vient ensuite une disposition qui vise les propositions outrageantes et déshonnêtes de la part de l'homme:

Art. 233.

Sera puni des arrêts ou de l'amende jusqu'à 500 francs: celui qui aura publiquement adressé des demandes ou propositions déshonnêtes à une femme qui n'y avait point donné motif, ou l'aura poursuivie d'obsessions éhontées.

Ce dernier article est certainement digne d'éloges et nous y souscrivons pleinement, sauf un changement de rédaction dont il sera question plus loin.

Quant à l'article 232, il nous paraît prêter le flanc à la critique à divers égards.

Une observation préliminaire. Pourquoi dire *eine Dirne?* expression méprisante et injurieuse qui ne figurait pas dans le texte primitif de l'Avant-Projet. En parlant du voleur, du souteneur, du faussaire ou de tout autre malfaiteur, la loi ne dit pas: le „coquin" ou le „gredin" qui . . . Il est inadmissible que la loi se serve de termes injurieux à l'égard de n'importe quelle catégorie de délinquants ou présumés tels.

Voici maintenant les modifications que je me permets de formuler en cet endroit, pour les soumettre à qui de droit:

Art. 232.

Quiconque, en se livrant à la débauche, occasionnera un scandale public ou de nature à troubler le voisinage sera puni de . . .

En effet, pourquoi faire supporter uniquement à la femme ce qui peut tout aussi bien être le fait de l'homme? et n'est-il pas juste de prévoir tous les cas de scandale public ou de trouble résultant de la débauche, quel qu'en soit l'auteur? Ce n'est pas telle ou telle catégorie de personnes qu'il s'agit d'atteindre, mais bien certains actes spécialement déterminés.

Art. 233.

Quiconque aura publiquement et manifestement provoqué à la débauche une personne de l'un ou de l'autre sexe, ou l'aura poursuivie d'obsessions éhontées, sera puni de . . .

Ainsi rédigé, cet article serait applicable à la femme qui se livre manifestement au „racolage" sur la voie publique ou dans un lieu public; il serait également applicable aux faits de l'homme spécialement visés par l'article 233 de l'Avant-Projet.

Ce qu'il faut réprimer, sans distinction de sexe, ce sont: d'une part, les propositions outrageantes, impudiques ou déshonnêtes lorsqu'elles sont faites publiquement; d'autre part, les poursuites et obsessions éhontées. Ici encore, il s'agit d'atteindre certains actes spécialement déterminés et non pas telle catégorie de personnes plus ou moins livrées à l'arbitraire de la police.

Quant à la condition exprimée par les mots „qui n'y avait point donné motif“ (art. 233 de l'Avant-Projet), elle doit disparaître si l'on ne veut pas énerver d'avance la disposition dont il s'agit. Une pareille excuse ou exception serait toujours invoquée par l'accusé; elle empêcherait toute plainte de la part de la personne lésée, dans la crainte bien naturelle qu'elle aurait de s'exposer à une imputation de ce genre, et laisserait finalement échapper ceux que l'on doit atteindre.

Art. 233 bis.

Si, dans l'année qui a précédé l'infraction, la personne coupable d'un des actes prévus aux articles 232 et 233 avait subi la peine des arrêts, le juge pourra ordonner son renvoi dans une maison de correction pour une durée de . . .

Nous voudrions voir cette disposition applicable aux deux sexes, et non pas seulement à la femme comme le fait l'Avant-Projet (art. 232, à la fin). En ce qui concerne la durée du renvoi dans une maison de correction, elle ne nous paraît pas devoir dépasser un an ou deux tout au plus, sauf peut-être en cas de récidive, et un minimum de six mois pourrait être admis.

Mais nous devons revenir sur l'article 232 de l'Avant-Projet, pour justifier plus complètement nos critiques et les modifications proposées.

En visant spécialement „la fille qui se livre habituellement ou qui s'offre publiquement à la prostitution“, l'article 232 se met en contradiction avec le principe admis par la Commission, à savoir que la prostitution en elle-même ne constitue pas un acte délictueux et ne doit par conséquent pas être frappée d'une peine (voir les délibérations de la Commission, tome II, p. 193, 317, 742, etc.).

Avec la rédaction par nous proposée, l'Avant-Projet resterait d'accord avec lui-même. Ce qu'il s'agit de réprimer, ce n'est pas l'inconduite même notoire et habituelle d'une certaine catégorie de personnes; ce sont les actes de toute personne dont l'inconduite, sortant des limites de la vie privée et débordant sur le domaine public, est de nature à troubler l'ordre ou la liberté des autres.

Si la personne coupable est une femme, ce n'est pas „en tant que prostituée“ qu'elle sera passible d'une peine; mais parce qu'elle aura occasionné du scandale ou qu'elle se sera publiquement livrée à des provocations manifestement déshonnêtes.

Pour terminer, il est permis de se demander si les propositions contenues aux articles 232 et 233 sont bien en place dans le livre „des Contraventions“, comme le fait l'Avant-Projet, ou si elles ne devraient pas figurer plutôt dans le chapitre des „Délits contre l'intégrité sexuelle“, à la suite des articles qui traitent du proxénétisme, de l'outrage à la pudeur et de la publicité donnée aux occasions de débauche. Une méthode logique me paraît exiger ce petit remaniement.

Encore un mot, avant de passer à un autre sujet.

Si la loi ne peut songer à supprimer la prostitution, et si elle ne doit pas en poursuivre directement la répression, sauf dans celles de ses manifestations qui sont de nature à troubler l'ordre public ou à porter atteinte aux droits d'autrui, — la loi peut en revanche combattre la prostitution d'une manière indirecte, et la restreindre d'une manière des plus efficaces, en s'attaquant à quelques-unes de ses causes principales.

C'est ainsi qu'en réprimant énergiquement le proxénétisme ou trafic de la débauche d'autrui, les atteintes à la pudeur des enfants, la séduction des mineures dans certains cas, la contrainte immorale exercée sur des femmes que leur position dépendante empêche de résister, — la loi peut exercer une action considérable à l'encontre du développement de la prostitution.

Attaquer le mal à sa racine, en agissant contre ses causes mêmes, dans la mesure du possible: voilà le fait d'une bonne législation pénale; et l'Avant-Projet se montre heureusement inspiré à cet égard. Là même où ses dispositions nous paraissent insuffisantes, elles contiennent en général le germe de règles plus complètes et meilleures. Nous n'aurons donc, le plus souvent, qu'à développer les conséquences des principes de l'Avant-Projet lui-même. Notre tâche en est grandement facilitée. Nous pouvons aussi en augurer un bon accueil à nos demandes.

II.

Proxénétisme ou trafic de la débauche d'autrui.

Les articles 116 à 122 de l'Avant-Projet concernent le proxénétisme et les maisons de débauche, la „traite“, l'outrage public à la pudeur, les publications obscènes, la publicité donnée aux occasions de débauche.

Voici les textes en question:

Art. 116.

Celui qui, moyennant salaire, fournira des locaux ou procurera des occasions à la prostitution habituelle;

le souteneur qui, pour en tirer profit, favorisera la prostitution habituelle d'une fille:

sera puni de l'emprisonnement pour 3 mois au moins ou de la réclusion jusqu'à 3 ans. Le tribunal prononcera en outre l'amende jusqu'à 5000 francs.

Art. 117.

Celui qui aura tenu une maison de prostitution;

celui qui aura engagé une fille pour une maison de prostitution, ou l'aura négociée à une de ces maisons:

sera puni de la réclusion jusqu'à 5 ans ou de l'emprisonnement pour 6 mois au moins; le tribunal prononcera en outre l'amende jusqu'à 10,000 francs.

Si, dans les trois ans qui suivent l'expiration de sa peine, l'auteur commet de nouveau le même délit, la peine sera la réclusion jusqu'à 10 ans et l'amende jusqu'à 20,000 francs.

Le bailleur qui aura toléré l'existence d'une maison de prostitution dans les locaux loués par lui sera puni de l'amende jusqu'à 20,000 francs.

Art. 118.

Sera puni de la réclusion celui qui, par la ruse, la menace ou la violence, aura cherché à livrer une femme à autrui dans un but de débauche.

La peine sera la réclusion pour 5 ans au moins:

Si la femme est mineure,

si elle est l'épouse, la fille ou la petite-fille de l'auteur ou si elle avait été confiée à ses soins, à sa protection ou à sa surveillance,

si l'auteur a cherché à la livrer à une maison de prostitution,

si c'est à l'étranger qu'elle devait être livrée à la débauche.

La peine sera la réclusion pour 10 ans au moins ou la réclusion à vie:

Si la femme était de réputation intacte et si elle a été effectivement livrée à la débauche.

Art. 119.

Sera puni de la réclusion jusqu'à 5 ans celui qui, pour en tirer profit, aura favorisé la prostitution habituelle de son épouse, de sa fille ou petite-fille, ou d'une femme confiée à ses soins, à sa protection ou à sa surveillance.

Art. 120.

Celui qui aura publiquement et d'une façon grossière outragé la pudeur sexuelle sera puni de l'amende jusqu'à 5000 francs ou de l'emprisonnement.

Art. 121.

Sera puni de l'amende jusqu'à 10,000 francs celui qui aura fabriqué pour la vente des écrits, images ou objets obscènes, qui les aura importés, mis ou offerts en vente, mis en circulation, annoncés ou exposés publiquement, ou qui fera métier de les donner en location. Le tribunal pourra en outre prononcer l'emprisonnement.

Le juge ordonnera la destruction de ces écrits, images ou objets.

Art. 122.

Celui qui aura publiquement attiré l'attention sur une occasion de débauche, ou sciemment publié ou propagé une annonce de ce genre sera puni de l'amende jusqu'à 5000 francs.

D'une manière générale, ces dispositions répondent aux exigences d'une bonne loi pénale, notamment les articles 117 et 118, dont la mise en vigueur constituerait une réforme d'une portée considérable. Les trafiquants de la débauche d'autrui sont des malfaiteurs de la pire espèce, et nous félicitons l'auteur de l'Avant-Projet d'avoir su édicter à leur égard les mesures nécessaires.

Deux ou trois critiques toutefois à l'adresse de l'article 116, qui est relatif au „proxénétisme simple" et dont la teneur ne nous paraît pas satisfaisante à divers points de vue.

Et d'abord, le premier alinéa de cet article contient une disposition fâcheuse et qui n'est pas conforme à l'esprit de l'Avant-Projet, en incriminant „celui qui, moyennant salaire, *fournira des locaux* ou procurera des occasions à la prostitution habituelle".

On a voulu préciser les cas. Mais le simple fait d'avoir loué une chambre qui serve à la débauche vénale n'est, à lui seul, pas encore du „proxénétisme"; bien que ledit fait puisse être envisagé, dans certaines circonstances, comme un des éléments constitutifs du délit en question.

Et les femmes qui recourent à la prostitution, où trouveront-elles à se loger en présence d'une disposition de cette espèce? Il faut pourtant bien qu'elles vivent quelque part . . .

Ce premier alinéa de l'article 116 paraît procéder de la notion fausse et condamnée par l'Avant-Projet lui-même, que la prostitution constitue pour la femme qui s'y livre une infraction passible d'une peine et que la prostituée doit être traquée de manière à ne plus pouvoir exister. Du moment qu'on a fort heureusement rompu avec cette manière de voir, la disposition que nous critiquons ne peut pas subsister.

D'autre part, il y a lieu de regretter la suppression d'un article qui figurait dans l'Avant-Projet de 1894 et qui visait mieux que ne le fait l'article 116 actuel les cas de proxénétisme simple, en disant: „Celui qui, pour en tirer profit, aura excité une femme à se livrer à la débauche ou aura trafiqué d'elle". (104.)

Si l'on veut bien tenir compte des deux observations ci-dessus, l'article en question serait modifié de la manière suivante:

Art. 116.

Celui qui, pour en tirer profit, aura excité ou favorisé la débauche d'autrui, sera puni de . . .

Ainsi formulée, cette disposition comprendrait les différents cas de proxénétisme simple, notamment le fait d'avoir „fourni des locaux" — lorsque ce fait devra être considéré comme favorisant la débauche. L'article serait également applicable au „souteneur", qui est une espèce de proxénète; rien n'empêcherait d'ailleurs de le mentionner à part, si l'on croit nécessaire de le faire.

Nous regrettons enfin la disparition d'un article de l'Avant-Projet de 1894, qui visait spécialement certains cas de corruption des mineures (105), et nous en demandons le rétablissement après l'article 116.

Art. 116 bis.

Sera puni de . . .: celui qui aura livré une personne mineure à autrui dans un but de débauche; celui qui l'aura conduite ou retenue dans un lieu où elle est exposée à des actes contraires à la pudeur. Si ladite personne était placée sous la surveillance ou confiée aux soins de l'auteur de l'acte incriminé, ou si elle était âgée de moins de 16 ans: la peine sera de . . .

Remarquons en passant, et pour prévenir certaines objections, qu'une telle disposition ne ferait point double emploi avec l'article 118, ni avec l'article 119. Les cas prévus sont tout différents. Il y aurait seulement lieu d'établir une juste proportion dans la pénalité, en se rappelant que des peines trop sévères ne sont pas toujours les plus efficaces.

Quant aux articles 117 à 122 de l'Avant-Projet, ils resteraient sans changement, sauf, aux articles 117 et 118, le remplacement des mots „maison de prostitution" par *maison de débauche.*

En outre, nous demandons une légère modification à l'article 119, où nous voudrions supprimer le mot „habituelle", et pour lequel nous proposons la rédaction suivante:

Art. 119.

Sera puni de . . .: celui qui, pour en tirer profit, aura favorisé la débauche de son épouse, de sa fille ou petite-fille, ou d'une femme confiée à ses soins, à sa protection ou à sa surveillance.

Du moment qu'il est question de „favoriser“ la débauche des personnes dont il s'agit, et non pas seulement de la „tolérer“, la suppression du mot „habituelle“ nous paraît s'imposer sans aucune hésitation.

III.

Atteintes à la pudeur des enfants.

Art. 112.

Celui qui aura commis un acte contraire à la pudeur sur un enfant âgé de moins de 15 ans sera puni de la réclusion jusqu'à 10 ans ou de l'emprisonnement pour 3 mois au moins; la peine sera la réclusion pour 2 ans au moins, si l'auteur a tenté d'abuser de l'enfant en lui faisant subir l'acte sexuel ou un acte analogue.

Sera puni de l'emprisonnement pour 3 mois au moins ou de la réclusion jusqu'à 6 ans celui qui aura excité un enfant âgé de moins de 15 ans à commettre un acte contraire à la pudeur, ou qui, pour se procurer une jouissance sexuelle, aura commis un pareil acte devant un enfant âgé de moins de 15 ans.

La disposition est des meilleures. Mais nous demandons que l'âge de protection soit porté de 15 ans à *16 ans.*

Jusqu'à cet âge, il s'agit encore de l'enfance; et les enfants doivent être protégés contre toute atteinte sexuelle. Qu'ils soient pubères ou impubères, peu importe; là n'est pas la question, car la puberté n'est pas seule déterminante ici.

A l'appui de la modification proposée quant à l'âge de protection, nous invoquerons les motifs suivants, qui sont empruntés soit au droit civil, soit au droit pénal:

1° C'est l'âge de 16 ans qui a été fixé par l'Avant-Projet, à l'*article 107,* pour le cas d'enlèvement: „Celui qui, dans un but de débauche ou de profit personnel, aura enlevé un enfant de moins de 16 ans, sera puni de la réclusion jusqu'à dix ans.“

2° C'est également l'âge de 16 ans qui a été admis par l'Avant-Projet, dans l'*article 2,* comme l'âge à partir duquel on peut s'adresser à la justice pour porter soi-même une plainte: „Pour les incapables, la plainte sera portée par leur représentant légal. Toutefois, la partie lésée pourra aussi agir personnellement, pourvu

qu'elle soit âgée de 16 ans révolus et jouisse de la plénitude de ses facultés".

Il ressort des deux articles susmentionnés que l'Avant-Projet lui-même envisage l'âge de 16 ans comme celui jusqu'auquel on est encore un enfant.

3° C'est encore l'âge de 16 ans qui est celui de la *nubilité,* pour le sexe féminin, d'après la loi fédérale du 24 décembre 1874. — Jusqu'à cet âge, le mariage est interdit. N'en doit-on pas conclure, à plus forte raison, que jusque là tout acte contraire à la pudeur doit être réprimé? Conçoit-on qu'un homme ait le droit d'abuser d'une enfant qu'il ne peut pas épouser?

4° C'est aussi l'âge de 16 ans qui est considéré par plusieurs de nos législations civiles cantonales comme l'âge du discernement ou de la *Mündigkeit,* c'est-à-dire la fin de l'enfance. (Voir notamment Code civil de Zurich, art. 10. — Comp. Const. féd., art. 49.)

5° C'est enfin l'âge de 16 ans qui a été adopté par le *Code pénal italien* (art. 355) pour un cas fort analogue à celui de notre article 112: „Sera puni de la réclusion pouvant s'élever à trente mois et d'une amende de 50 à 1500 francs tout individu qui, à l'aide d'actes de libertinage, aura corrompu une personne mineure de 16 ans." — La *loi anglaise* du 14 août 1885 a également fixé à 16 ans l'âge de protection des jeunes filles (art. 5). De même le *Code pénal néerlandais* (art. 245).

L'Italie étant un pays plus méridional que le nôtre, la limite d'âge n'y aurait pas été fixée à 16 ans, si l'on avait estimé que le fait de la puberté dût être pris en considération. Remarquons, en outre, que le Code civil italien (art. 55) fixant l'âge de nubilité du sexe féminin à 15 ans déjà, l'âge de protection est plus élevé que l'âge de nubilité, dans ce pays, et non pas au-dessous comme d'après l'art. 112 de l'Avant-Projet.

Voilà, n'est-il pas vrai? un assez grand nombre de raisons, et de bonnes raisons, militant en faveur de l'âge de 16 ans. En revanche, nous n'en voyons guère qui puissent être invoquées pour celui de 15 ans. On fait valoir que c'est, en moyenne, l'âge de la puberté dans notre pays. Mais, encore une fois, il ne faut pas perdre de vue que c'est l'*enfance* qu'il s'agit de garantir et de protéger, garçons et filles, et la puberté est loin d'être seule déterminante en cette matière.

Quant à la question de savoir si „l'innocence" est une condition qui doive être requise chez l'enfant pour qu'il puisse être

mis au bénéfice de la disposition protectrice dont il s'agit, comme le font certaines législations, nous sommes d'accord avec l'Avant-Projet pour ne point faire intervenir une considération de cette espèce. Parce qu'un enfant a déjà été précédemment „victimé", souillé ou corrompu, ce n'est pas une raison pour que la loi cesse de le protéger et l'abandonne aux entreprises de la lubricité!

Pour terminer ce sujet: l'expression „*atteintes* à la pudeur de l'enfant" ne serait-elle pas préférable aux mots „attentats à la pudeur"? expression plus ou moins consacrée par l'usage, il est vrai; mais, à tort ou à raison, ce dernier terme fait penser à des actes de violence. Or, l'article 112 entend viser „tout acte contraire à la pudeur sur un enfant". Même observation à propos de l'article 113.

Ce n'est d'ailleurs qu'une question d'intitulé; mais cela peut avoir de l'importance pour fixer les idées. Quand il s'agit de protéger les enfants, on ne saurait être trop scrupuleux: il ne faut pas risquer de laisser échapper de fort vilains et dangereux personnages, sous prétexte que l'acte dont il se sont rendus coupables ne saurait être considéré comme un „attentat".

IV.

Contrainte et séduction.

En ce qui concerne la séduction, l'Avant-Projet nous paraît insuffisant. Il ne contient qu'une seule disposition à cet égard, celle de l'article 115; encore s'agit-il d'un cas de „contrainte" bien plutôt que de séduction proprement dite.

Ne sauraient évidemment être considérés comme des cas de „séduction": ni les attentats et les atteintes à la pudeur, dont il est question aux articles 108 à 113; ni les cas d'enlèvement prévus aux articles 105 à 107. C'est tout autre chose.

Or, il est des cas de séduction qui doivent certainement tomber sous le coup d'une bonne loi pénale.

La séduction, dans ces cas-là, est par rapport aux délits susmentionnés (viol, attentats, enlèvement), ce que l'abus de confiance et l'escroquerie sont par rapport au brigandage ou à l'extorsion.

Cela dit, nous sommes en présence de la seule disposition que voici:

Art. 115.

Sera puni de l'emprisonnement celui qui aura abusé de l'état de détresse ou de dépendance où se trouve une femme, pour obtenir d'elle l'accomplissement de l'acte sexuel.

Cet article est excellent: il témoigne d'une sollicitude à laquelle on ne saurait trop applaudir à l'égard des ouvrières, apprenties, etc., à l'encontre de certains patrons qui exploitent la situation d'une façon révoltante.

Mais la disposition ci-dessus transcrite doit être complétée par un article analogue visant le cas où la victime, sans se trouver dans un état de détresse ou de dépendance directe par rapport à celui qui en a abusé, est une jeune fille mineure et sans expérience.

Nous trouvons d'ailleurs les éléments de la règle dont il s'agit dans l'article 102 de l'Avant-Projet de 1894, ainsi que dans les délibérations de la commission (II, p. 185).

Voici quelle serait la teneur de la disposition dont nous demandons l'introduction à la suite de l'article 115.

Art. 115 bis.

Sera puni de l'emprisonnement celui qui aura abusé, par promesse de mariage ou autrement, de l'inexpérience d'une fille mineure pour obtenir d'elle l'accomplissement de l'acte sexuel.

Une protection aussi efficace que possible des mineures de 16 à 20 ans, contre les entreprises sexuelles de l'homme, s'impose au législateur aussi bien que la protection des ouvrières. Mais ce sont deux cas bien distincts et qu'il ne convient pas de réunir dans une seule et même disposition, comme l'avait fait l'Avant-Projet de 1894. L'article 115 vise un cas de „contrainte"; l'article 115 bis, un cas spécial de „séduction".

L'Etat, qui détermine l'âge de la majorité, en vue de sauvegarder les intérêts de ceux que leur jeunesse rend incapables d'y pourvoir par eux-mêmes, ne doit-il pas aux mineures toute sa sollicitude, aussi bien et plus encore lorsqu'il s'agit de leur personne qu'au point de vue de leurs intérêts purement pécuniaires?

Une disposition comme celle que nous demandons, et que nous nous permettons de réclamer avec insistance, aurait une portée sociale considérable en garantissant la jeune fille, et surtout la fille du pauvre, contre des jouisseurs que la loi ne saurait avoir aucun motif avouable de ménager.

Entre personnes majeures, la loi pénale n'a pas à intervenir, les cas de violence exceptés: affaire de morale individuelle, cela ne

regarde pas le droit, sauf la responsabilité civile. Mais quand il s'agit de mineures, la question change de face absolument.

Une telle disposition aurait encore pour effet de diminuer considérablement le nombre des femmes qui se livrent à la prostitution, dont le personnel se recrute en grande partie parmi les victimes de la séduction durant les années de la jeunesse.

Nous attirons aussi l'attention sur l'importance des articles 115 et 115 bis au point de vue de la répression de l'infanticide. Est-il juste, est-il normal, que la fille-mère qui tue son enfant soit passible d'une peine sévère, alors que celui qui est souvent le principal coupable ne se voit aucunement inquiété par la loi? La conscience publique recevrait ainsi une certaine satisfaction, tout au moins dans quelques-uns des cas les plus criants; et les jurés ne se trouveraient plus aussi fréquemment placés dans le cruel embarras où les met une législation barbare à force d'injustice.

Telles sont les observations que nous avions à présenter à propos de l'article 115.

La loi pénale peut-elle aller plus loin en sévissant davantage encore contre la séduction, dont les conséquences peuvent être si désastreuses pour la femme? Nous ne voyons pas comment elle pourrait s'y prendre sans inconvénients majeurs. Mais, certainement, elle peut aller et elle doit aller jusqu'aux limites que nous avons essayé de tracer.

Quant au reste, c'est à la *loi civile* qu'il appartient d'intervenir, en édictant les règles nécessaires pour que l'homme soit effectivement responsable à l'égard de l'enfant naturel et de sa mère, conformément aux principes les plus élémentaires de la justice.

L'Avant-Projet du „Droit des personnes et de famille", tel qu'il a été rédigé par M. le professeur Huber, nous fait espérer que la future codification nationale, dans ce domaine également, viendra mettre un terme aux iniquités qui résultent, dans plusieurs cantons, de la funeste adoption du scandaleux principe: „La recherche de la paternité est interdite". (Code civil français, art. 340.)

En arrivant au terme de ce travail, que nous aurions voulu meilleur et plus digne du sujet, nous tenons à redire la satisfaction que nous fait éprouver l'œuvre du professeur Stooss, une œuvre qui mérite la sympathie générale.

Si nous avons signalé certaines lacunes et proposé quelques modifications, la plupart de nos critiques ont consisté à dégager aussi nettement que possible les conséquences de principes admis par l'Avant-Projet lui-même.

En insistant, comme je l'ai fait, sur la protection nécessaire à l'enfance et à la jeunesse, ainsi que sur les garanties qui sont dues aux droits et aux intérêts du sexe féminin en général, j'ai le sentiment d'être resté en communauté d'idées avec le rédacteur qui a préparé les voies au futur Code pénal de la Suisse.

L'avenir d'une nation dépend en grande partie de sa législation. La loi n'est pas seulement l'expression des mœurs d'une époque ou d'un pays, comme quelques-uns le disent; elle n'est pas uniquement la résultante d'un certain état de civilisation. La loi peut être encore un agent des plus puissants pour le bien ou pour le mal, pour le progrès ou pour la décadence.

Il en est très particulièrement ainsi des lois relatives à la famille et aux rapports entre les sexes, lois civiles et lois pénales.

Notre codification nationale doit être une œuvre de rénovation, à cet égard ainsi qu'à d'autres égards encore.

Liberté pour la femme, aussi bien que pour l'homme; responsabilité pour l'homme, aussi bien que pour la femme; protection assurée à ceux dont la faiblesse ou l'état de dépendance exigent une protection spéciale: tout autant de réformes capitales au point de vue des droits individuels comme au point de vue de l'intérêt général de la société.

Ces différentes réformes se tiennent et se rattachent en définitive à un principe supérieur dont elles procèdent; et ce principe, c'est la Justice!

Zur
Auslegung des § 123 des zürcherischen Strafgesetzbuches.

Von

Professor *von Lilienthal* in Heidelberg.

Im vorigen Jahre nahm sich Frl. G. in Zürich durch einen Sturz in die Limmat das Leben. Sie war kurz vorher von Herrn Dr. M. in Zürich wegen eines Nasenleidens behandelt und zwecks einer Operation in einer Weise kokainisiert worden, die, ohne die leges artis zu verletzen, doch wiederholt zu starken Erregungszuständen geführt hat, aus denen nach Annahme erster Autoritäten auf medizinischem Gebiete der Selbstmord auch im vorliegenden Falle seine Erklärung finden könnte. Frl. G. hinterliess zwei schriftliche Notizen des Wortlautes: „Dr. M. ist an meinem Tode schuld" — „Dr. M. hat mich zur Verzweiflung getrieben".

Dieser Vorgang erregte in hohem Grade die öffentliche Meinung gegen Dr. M., der von ihr ohne weiteres eines schweren Sittlichkeitsverbrechens an Frl. G. beschuldigt wurde. Ein gerichtliches Einschreiten unterblieb, weil die Sektion erwiesen hatte, dass Frl. G. virgo intacta war und dass Spuren fehlten, die auf irgend eine strafbare Handlung an der Lebenden hingewiesen hätten. Trotzdem blieb die Erregung, namentlich in Frauenkreisen, eine grosse, und auch die Familie der Verstorbenen hielt an einer Verschuldung des Dr. M. fest und gab sich deshalb grosse Mühe, Zeuginnen dafür ausfindig zu machen, dass Dr. M. auch früher schon an Patientinnen unzüchtige Handlungen vorgenommen habe. Das gelang schliesslich, und eine Reihe von Personen sagten übereinstimmend aus, Dr. M. habe, während sie ihn konsultierten, ihre Zungenspitze mit der seinigen

gekitzelt, ihre Brüste und ihre Geschlechtsteile betastet und bei geschlossenen, aber auch mit offenen Beinkleidern ihre Hände an seine Geschlechtsteile herangeführt. Dr. M. giebt die Betastung der Brüste und Genitalien zu, stellt sie aber als Akte einer notwendigen ärztlichen Untersuchung dar. Die andern Aussagen seien unrichtig, vielleicht durch Erinnerungstäuschungen, vielleicht durch falsche Erklärung seiner Bewegungen hervorgerufen: er habe bei laryngoskopischen Untersuchungen die Patientinnen veranlassen müssen, die Zunge weit herauszustrecken, und möge sein Gesicht sich ihrem Munde genähert haben, weil er einen etwa vorhandenen fœtor ex ore feststellen wollte. Auch die angebliche Berührung seiner Geschlechtsteile erkläre sich vielleicht aus der bei einer Untersuchung unvermeidlichen Annäherung seines Körpers an den der Patientin. Die Vornahme unzüchtiger Handlungen seinerseits bestreitet er durchaus.

Auf die Zeugenaussagen hin verurteilte das Zürcher Bezirksgericht den Herrn Dr. M. wegen Erregung von öffentlichem Ärgernisse auf Grund des § 123 des Strafgesetzbuches. [1]) Ich halte, ganz abgesehen von der Beweisfrage, diese Verurteilung aus Rechtsgründen für unzulässig. Auf Wunsch des Rechtsanwaltes Herrn Dr. A. Meili in Zürich, der Dr. M.'s Verteidigung führt, habe ich meine Überzeugungen in einem Gutachten zu rechtfertigen versucht, das ich im folgenden den Lesern dieser Zeitschrift zur Kenntnis zu bringen mir gestatte.

I.

Jede strafbare Handlung muss eine Verletzung oder eine Gefährdung eines Rechtsgutes enthalten, dessen Schutz gegen Verletzung oder Gefährdung das Strafgesetz beabsichtigt. Ehe deshalb die Anwendbarkeit eines bestimmten Strafgesetzes untersucht werden kann, muss es feststehen, welches Rechtsgut durch dieses Strafgesetz geschützt werden soll.

Die Verbrechen gegen die Sittlichkeit zerfallen in allen Strafgesetzgebungen, abgesehen von den Strafandrohungen gegen Kuppelei als Beihülfe zur Unzucht, im wesentlichen in *zwei* grosse Gruppen.

---

[1]) § 123 lautet:

„Wer durch unzüchtige Handlungen öffentliches Ärgernis erregt oder sich solche in Gegenwart von Kindern erlaubt, ebenso wer zur Verbreitung oder Veröffentlichung unzüchtiger Schriften, Abbildungen oder Darstellungen mitwirkt, wird mit Gefängnis verbunden mit Busse bestraft.

In schwereren Fällen kann auf Arbeitshaus erkannt werden."

Die eine umfasst die Delikte, die sich gegen eine bestimmte Person richten, d. h. gegen das Rechtsgut der weiblichen Geschlechtsehre, denn eine eigentliche Geschlechtsehre kommt nur Frauenspersonen zu. Diese Strafthaten sind gekennzeichnet durch die gewaltsame Vornahme, die Anwendung von Drohungen, den Missbrauch eines Zustandes dauernder oder vorübergehender Willenslosigkeit, die Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses oder der Unerfahrenheit jugendlicher Personen. Ferner gehören dahin die Fälle, in denen eine Frauensperson durch Erregung oder Benutzung eines Irrtums, vermöge dessen sie den Beischlaf für einen ehelichen hält, zur Gestattung des Beischlafes verleitet wird. Darüber hinaus wird in keiner Gesetzgebung krimineller Schutz gewährt gegen Täuschungen, mittelst deren ein weibliches Wesen zur Duldung des Beischlafes oder unzüchtiger Handlungen bewegt wird. Es ist regelmässig nur die Erzwingung, nicht die Erlistung eines Geschlechtsgenusses strafbar.

Die zweite Gruppe umfasst die Fälle, in denen nicht die weibliche Geschlechtsehre, sondern die Reinheit bestimmter, für die Gesamtheit wertvoller Beziehungen: der Ehe (Ehebruch und Bigamie) und der Familie (Blutschande), oder die allgemeine Sittlichkeit geschützt werden soll gegen Verletzungen durch die Art der Befriedigung des Geschlechtstriebes: an Kindern, in widernatürlicher Weise, unter Verletzung der öffentlichen Schamhaftigkeit. Hier tritt das Interesse der Privatperson zurück hinter das öffentliche Interesse an der Unterlassung der mit Strafe bedrohten Handlungen. Als verletztes Rechtsgut erscheint nur die allgemeine Sittlichkeit oder die öffentliche Schamhaftigkeit.

Der Umfang des gewährten Rechtsschutzes ist natürlich in den verschiedenen Gesetzgebungen ein sehr verschiedener. Das zürcherische Strafgesetzbuch behandelt im 4. Titel der II. Abteilung, §§ 109—123, die „Verbrechen gegen die Sittlichkeit“ und rechnet dahin: Notzucht (§§ 109, 110, 113), Missbrauch eines unreifen Mädchens zum Beischlafe (§ 111), Schändung (§§ 112—114), Blutschande (§ 115), Verführung von Pflegebefohlenen zur Unzucht und Missbrauch eines amtlichen Verhältnisses zur Vollziehung von Beischlaf (§ 116), Ehebruch (§§ 117—119), Bigamie (§ 120), Kuppelei (§§ 121 und 122), Erregung öffentlichen Ärgernisses (§ 123). Als Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre ist überall nur die Vollziehung des Beischlafes erwähnt, die Vornahme unzüchtiger Handlungen, mit oder ohne Gewaltanwendung, ist nirgends als be-

sonderes Delikt hervorgehoben. Das Zürcher Gesetzbuch (und mit ihm eine ganze Anzahl anderer kantonaler Gesetzbücher, z. B. Thurgau, Aargau, Bern, Zug, Appenzell A.-Rh., Schwyz, vgl. die Zusammenstellung bei *Stooss:* Die schweizerischen Strafgesetzbücher, S. 442 ff.) hat sich damit auf den Standpunkt gestellt, den das frühere gemeine deutsche Strafrecht einnahm. Lediglich die Beischlafsvollziehung galt als Unzucht im Sinne des Gesetzes. *Handlungen, die, ohne auf die Vollziehung des Beischlafes gerichtet zu sein* — sonst wären sie unter den Gesichtspunkt des Versuches gefallen —, *lediglich geschlechtliche Erregung bei dem Handelnden oder Duldenden oder bei beiden gemeinsam bezweckten, wurden als eigentliche Verletzungen der weiblichen Geschlechtsehre nicht angesehen.* Sie galten als Schamlosigkeiten, die polizeilich gestraft wurden, und zwar regelmässig nur dann, wenn sie als Verletzungen des öffentlichen Anstandes erschienen. Nur wenn durch sie eine Befriedigung des Geschlechtstriebes, d. h. eine emissio seminis angestrebt wurde, pflegte man sie als widernatürliche Unzucht zu behandeln. Das preussische Landrecht, das österreichische Strafgesetzbuch, jedenfalls auch das frühere zürcherische (vgl. *Temme:* Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, S. 430 ff.), behandeln die Fleischesverbrechen in dieser Weise. Dass das jetzt geltende Strafgesetzbuch einen *grundsätzlich* andern Standpunkt einnehmen wolle, dafür liegen keinerlei Anzeichen vor. Man wird deshalb, dem klaren Wortlaute des Gesetzes entsprechend, annehmen müssen, dass auch jetzt die weibliche Geschlechtsehre nur gegen Verletzung durch die Vollziehung des Beischlafs und gegen Gefährdung durch den Versuch der Vollziehung geschützt werden soll. Diese für die Behandlung der Sittlichkeitsverbrechen wesentliche Beschränkung beruht selbstverständlich nicht auf einem Versehen. Es ist das um so weniger möglich, als viele schweizerische und die meisten ausländischen Gesetzbücher Beispiele einer weiteren Ausdehnung des Strafschutzes, namentlich auch gegen die gewaltsame Vornahme unzüchtiger Handlungen, gegeben hätten. Es wäre jedenfalls eine wunderliche Annahme, dass das Gesetz geschwiegen hätte, wo zu reden geboten war, dafür aber auf einem Umwege dem Richter die Macht gegeben haben sollte, weit über den sonst üblichen Umfang hinaus die weibliche Geschlechtsehre auch gegen die nicht gewaltsame Vornahme unzüchtiger Handlungen strafrechtlich zu schützen.

Aus der *zweiten* Gruppe der zum Schutze öffentlicher Interessen dienenden Strafbestimmungen interessiert hier nur der erste

Satz des § 123. Der Thatbestand ist ein ganz einfacher: *damit Strafe eintreten kann, muss öffentliches Ärgernis erregt sein.* Darauf allein kommt es an, so sehr, dass der Umstand der Ärgerniserregung in erheblichem Masse auf die Bestimmung des Begriffes „unzüchtige Handlung“ zurückwirkt. Kein Mensch denkt daran, den Beischlaf zwischen Ehegatten eine unzüchtige Handlung zu nennen, kein Mensch wird zweifeln, dass ein solcher Akt nach § 123 strafbar ist, wenn er vor aller Augen sich vollzieht. Trotz des anscheinenden Widersinnes ganz mit Recht: nicht nur die abstrakte Beschaffenheit, sondern auch Zeit und Ort der Vornahme einer Handlung sind für ihre Unzüchtigkeit von Bedeutung. Ob es, wie meist angenommen wird, zulässig ist, nur geschlechtliche Unzüchtigkeiten unter den Begriff unterzuordnen, mag dahingestellt bleiben, ebenso einstweilen die mannigfachen Streitfragen über den Umfang des geschlechtlich Unzüchtigen — so viel ist sicher, dass jede in erkennbarer Verbindung mit der Äusserung des Geschlechtstriebes stehende Handlung unter die Strafbestimmung des § 123 fällt, *falls sie öffentliches Ärgernis erregt.* Und ganz mit Recht. Gerade weil der Geschlechtstrieb ein so mächtiger Faktor in unserem Leben ist, haben wir ihn in feste Grenzen zu bannen. Gerade deshalb fordert unser Schicklichkeitsgefühl, dass wir seiner Bethätigung nicht schamlos freien Lauf lassen, sondern ihn wenigstens so weit bändigen, dass er sich nicht vor aller Augen geltend machen kann. In der That wäre ein öffentliches Leben für beide Geschlechter gemeinsam unmöglich, wenn das geschlechtliche Begehren sich auch öffentlich frei geltend machen dürfte. Wer sich über diese Schranken hinwegsetzt, verletzt die Empfindungen der andern in rücksichtsloser Weise. Nach der allgemein herrschenden Anschauung hat eben jedermann, d. h. das Publikum, einen Anspruch darauf, nicht zum Zeugen widerlicher Ausschweifungen, ja nicht einmal zum Zeugen von Handlungen gemacht zu werden, die an sich selbst nicht strafbar, vielleicht nicht einmal unsittlich sind, deren öffentliche Vornahme aber der Sitte widerspricht. Aber noch über dieses allgemeine Interesse des durch solche Handlungen in Mitleidenschaft gezogenen Publikums hinaus hat der Staat Gründe genug, öffentliche Schamlosigkeiten nicht zu dulden. Einmal beweist der Handelnde dadurch eine sittliche Minderwertigkeit, die ihn als gefährlich für die Gesellschaft erscheinen lässt. Wer seinen Geschlechtstrieb so wenig in der Gewalt hat, dass er ihm öffentlich freien Lauf lässt, der wird sich auch in anderer Beziehung leicht über die Schranken der geschlechtlichen Lebensordnung und der sie

schützenden Gesetze hinwegsetzen. Ihm durch angemessene Bestrafung eine heilsame Lehre zu erteilen, ist durchaus gerechtfertigt. Ferner aber hat der Staat aus ganz demselben Grunde ein lebhaftes Interesse daran, das sittliche Schamgefühl nicht abstumpfen zu lassen, was notwendig geschähe, wenn seine Verletzungen dauernd straflos blieben. Endlich aber ist das böse Beispiel zu fürchten, das öffentliche Unsittlichkeiten geben. Die Gefahr der Nachahmung ist überall gross, nirgends aber grösser als da, wo das Bild der fremden Handlung in der Vorstellung des Zuschauers Töne anschlägt, die in eigenen mächtigen Trieben lauten Wiederhall finden.

Aus allen diesen Gründen rechtfertigt es sich, die Erregung von Ärgernis zu strafen, ganz abgesehen davon, ob die unzüchtigen Handlungen selbst als strafbar erscheinen. Daraus folgt aber, dass es ganz unzulässig ist, eine solche in sich berechtigte Strafbestimmung dahin zu verstehen, als ob sie auch über die Erregung von öffentlichem Ärgernis hinaus *die sonst straflos gelassenen unzüchtigen Handlungen mit Strafe zu belegen die Befugnis einräumen wollte.* Es wäre das eine gründliche Verkennung des Sinnes und der Bedeutung dieses Gesetzes.

Wann ist nun der Thatbestand der Ärgerniserregung in diesem Sinne gegeben? Ausschliesslich dann, wenn die unzüchtigen Handlungen vom Publikum, d. h. von einer unbestimmt grossen Anzahl von Menschen, *unmittelbar* wahrgenommen werden konnten. Diese Einschränkung ergiebt sich aus der ratio legis von selbst. Die Schamlosigkeit soll bestraft werden, und sie besteht eben darin, dass jemand unzüchtige Handlungen öffentlich, d. h. so ausführt, dass sie öffentlich wahrgenommen werden können. Das spricht auch das Gesetz mit klaren Worten aus, wenn es sagt: „Wer durch unzüchtige Handlungen öffentliches Ärgernis erregt ... wird ... bestraft.“ Man kann diesen Satz nicht anders verstehen, als dass die Ärgerniserregung durch die unzüchtigen Handlungen ohne weitere Zwischenursachen bewirkt sein muss. So wird das Erfordernis des Kausalzusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg bei andern Straftbaten auch von den Zürcher Gerichten verstanden. Es stellt z. B. der Kommentar von *Benz-Zürcher* (§ 124, M. 2) die herrschende Auffassung bezüglich des Mordes dahin fest: „Der Kausalzusammenhang ist unterbrochen und der schliessliche Erfolg kann dem Thäter nicht mehr zur Schuld zugerechnet werden, wenn der Erfolg durch eine Zwischenursache hervorgerufen wurde, welche mit der That nicht zusammenhängt.“ Bei § 127 (Körperverletzung mit tödlichem

Ausgang) wird dann auf diese Ausführung ausdrücklich verwiesen. Und gewiss sachlich mit gutem Grunde. Man wird zweifeln dürfen, ob der Ausdruck „Unterbrechung des Kausalzusammenhanges“ gut gewählt ist, ja ob überhaupt das Gesagte vom *Kausalzusammenhang* gilt. Von der *Verantwortung für den Kausalzusammenhang* gilt es sicher. Der Kausalzusammenhang ist nur einer der für die Bestrafung erforderlichen Umstände. Hinzukommen muss, dass er schuldhaft gesetzt ist, d. h. dass der Eintritt des Erfolges bei der Handlung vorausgesehen wurde (Vorsatz) oder hätte vorausgesehen werden müssen (Fahrlässigkeit). Diese Voraussehbarkeit fehlt aber, wo der Erfolg erst durch einen Umstand herbeigeführt wurde, der von dem Willen des Thäters unabhängig ist.

Die Ärgerniserregung ist strafbar nur, wenn sie vorsätzlich begangen wurde. § 32 sagt: „Die in dem Gesetzbuch festgesetzten Strafen sind nur auf Handlungen anzuwenden, welche vorsätzlich begangen sind.“ Also auf die Ärgerniserregung auch nur unter dieser Voraussetzung. Das ist praktisch ungemein wichtig, denn öffentliches Ärgernis kann auch fahrlässig erregt sein: z. B. ein hochzeitsreisendes Paar vergisst, dass sein Hotelzimmer von einem nahen Wege aus sehr wohl übersehbar ist. Die Anwendung des § 32 auf den § 123 bedeutet aber anderseits, und das ist aufs schärfste zu betonen, dass der dolus des Handelnden sich gleichmässig auf die Unzüchtigkeit der Handlung und die Vornahme in ärgerniserregender Weise erstrecken muss. Eines besondern Beweises bedarf diese Behauptung wahrlich nicht: dass der Vorsatz alle Thatbestandsmerkmale umfassen muss, ist einer der wenigen Sätze, die den eisernen Bestand der Strafrechtswissenschaft bilden. Die Ärgerniserregung im § 123 nicht als Thatbestandsmerkmal aufzufassen, ist sprachlich einfach unmöglich, es würde dann ein Thatbestand überhaupt nicht aufgestellt sein. Zudem ist eine alte Regel der Auslegung, dass nur die dem eigentlichen Thatbestande in einem Bedingungssatz beigefügten Umstände als Voraussetzungen der Strafbarkeit, d. h. als Verhältnisse angesehen werden können, auf die der Vorsatz sich nicht zu erstrecken braucht. Gewiss wäre eine derartige Fassung des § 123 möglich gewesen, er hätte nur zu lauten brauchen: „Wer unzüchtige Handlungen begeht, wird .... bestraft, wenn dadurch öffentliches Ärgernis erregt wurde.“ Da er so eben *nicht* lautet, so darf man ihn auch nicht *so* auslegen, sondern nur *so,* wie es sein klarer und deutlicher Wortlaut fordert.

Vorsätzlich handelt nur, wer weiss, dass seine Handlung den verbotenen Erfolg herbeiführen wird. Also kann nach § 123 bestraft werden allein, wer weiss, dass sein unzüchtiges Treiben der Wahrnehmung durch dritte Personen ausgesetzt ist. Das kann er aber wissen oder nicht wissen, lediglich wenn es auf die unmittelbare Wahrnehmung ankommt. Die kann er, die muss er vermeiden — ob dritte Personen später von seinem Treiben hören können, das entzieht sich einstweilen seiner Beurteilung, das hängt jedenfalls nicht von ihm ab, das ist ein für ihn rein zufälliges Ereignis, das darf ihm deshalb unter keinen Umständen zur Schuld zugerechnet werden.

Zu demselben Ergebnisse, d. h. zu der unbedingten Verneinung der Frage, ob der Thatbestand des § 123 gegeben sei, wenn das Ärgernis nicht durch die Handlung selbst, sondern durch eine spätere Erzählung von ihr erregt worden ist, führt eine andere Erwägung. Allerdings besteht auch in diesem Falle rein thatsächlich ein Kausalzusammenhang zwischen Ärgerniserregung und Handlung. So würde wenigstens die jetzt in der deutschen Wissenschaft und Rechtsprechung vorherrschende Anschauung schliessen. Sie geht bekanntlich davon aus, dass eine Veränderung verursacht, wer auch nur eine der zahlreichen Bedingungen ihres Eintrittes setzt. Das hat der Unzüchtige zweifellos gethan; hätte er nicht gehandelt, so wäre seine Handlung nicht berichtet und nicht durch diesen Bericht Ärgernis erregt worden. Aber dieses scheinbare Zugeständnis beweist noch gar nichts, denn es bezieht sich nur auf den Kausalzusammenhang, nicht auf die Verantwortung für ihn. Die Erkenntnis, dass diese beiden Dinge: thatsächliche Verursachung und rechtliche Verantwortung für sie, nicht zusammengeworfen werden dürfen, ist unbestrittenes Gemeingut aller, die den Kausalzusammenhang in dem soeben besprochenen Sinne auffassen. Und von ihnen allen wird ebenso gleichmässig anerkannt, dass, wenn zwischen die That des einen und den eingetretenen Erfolg die durch den ersten nicht beeinflusste Handlung eines zweiten getreten ist, der zweite und nicht der erste als verantwortlicher Verursacher des Erfolges anzusehen ist. (Vgl. *v. Liszt:* Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 7. Aufl., S. 109.) Das auf unsern Fall angewendet, heisst: Im Sinne des Strafrechtes erregt das öffentliche Ärgernis nicht wer die unzüchtige Handlung im geheimen begeht, sondern wer diese Thatsache zu öffentlicher Kenntnis bringt. Ob er strafbar wird, das hängt davon ab, ob seine Erzählung selbst als unzüchtige Handlung aufgefasst

werden darf. Das mag dahingestellt bleiben, es genügt, hier hervorzuheben, dass eine Bestrafung des Erzählers der ratio legis durchaus entsprechen kann. Es soll z. B. jemand die Vorgänge einer Hochzeitsnacht, die er im geheimen beobachtet hat, in saftigsten Farben öffentlich schildern. Hier wird niemand zweifeln, von wem Ärgernis ausging. Aber die Fälle, in denen der Erzähler strafrechtlich nicht belangt werden darf, liegen sachlich nicht anders. Ohne seine Mitwirkung wäre ein Ärgernis aus der ursprünglichen Handlung nicht erwachsen, und diese Mitwirkung darf man dem ursprünglich Handelnden nicht zur Last legen, denn er ist an ihr unschuldig, er hat sie sicher nicht gewollt, die weitere Wirkung, die sie erzeugte, liegt ausserhalb seines Vorsatzes, es fehlt also für sie vollkommen an dem subjektiven Thatbestande des Deliktes der Ärgerniserregung.

Die hier vertretene Auffassung findet eine überzeugende Unterstützung in dem weitern Inhalte des § 123 selbst. Es wird in unmittelbarem Anschluss an die Ärgerniserregung mit Strafe bedroht, wer sich unzüchtige Handlungen in Gegenwart von Kindern erlaubt. Warum diese besondere Bestimmung? Sie wäre geradezu unbegreiflich, wenn schon das Bekanntwerden der Verübung einer unzüchtigen Handlung den Thatbestand der Ärgerniserregung erfüllte. Denn um überhaupt vor den Strafrichter zu kommen, müssen die unzüchtigen Handlungen doch bekannt geworden sein, und Ärgernis nimmt an ihnen doch wohl jeder, der davon hört. Die Unbegreiflichkeit verschwindet sofort, die besondere Hervorhebung gerade dieses Falles erklärt und rechtfertigt sich vollkommen, wenn man den ersten Satz so versteht, wie sein Wortlaut es fordert. Dann ist der Gedankengang des Gesetzes der:

Im allgemeinen hängt die Strafbarkeit davon ab, dass andere Personen die unzüchtigen Handlungen beobachteten und sich an dieser Beobachtung ärgerten; wenn die Handlungen vor Kindern vorgenommen wurden, so genügt deren blosse Gegenwart, ohne dass eine Ärgerniserregung nachgewiesen zu werden braucht.

Diese strengere Behandlung ist sachlich durchaus berechtigt. Denn allerdings bedarf das Kindesalter einer besondern Rücksichtnahme, gerade ihm gegenüber fällt die Verletzung des geschlechtlichen Anstandes schwer ins Gewicht. Zunächst weil pueris maxima debetur reverentia und deshalb die Ausserachtlassung dieser Pflicht auf einen besonders grossen Mangel an dem erforderlichen Sittlichkeitsgefühl hinweist. Dann auch weil gerade beim Kinde die aus der Nach-

ahmungssucht erwachsenden Gefahren ungemein grosse sind und die Beobachtung eines einzigen Falles die Zerstörung der geschlechtlichen Unschuld und damit alle Übel zur Folge haben kann, die für Körper und Geist aus der vorzeitigen Befriedigung des Geschlechtstriebes sich ergeben. Unzüchtige Handlungen in Gegenwart von Kindern sind besonders gefährlich, aber gerade bei ihnen wird der Umstand der Ärgerniserregung häufig schwer nachweisbar sein — der Gesetzgeber thut also wohl daran, hier auf dieses Thatbestandsmerkmal zu verzichten.

So erklärt die richtige Auslegung die Fassung des ganzen Gesetzes völlig befriedigend, während die unrichtige dem Gesetze eine schwere Last sprachlicher und logischer Schnitzer aufbürdet.

Endlich mag noch darauf hingewiesen werden, dass zwar die Mehrzahl der andern Gesetzgebungen ebenfalls die Erregung von öffentlichem Ärgernis durch unzüchtige Handlungen bestrafen, dass aber überall nur die unmittelbare Wahrnehmung durch andere den Thatbestand der Strafvorschriften erfüllt. Nicht selten schliesst schon der Wortlaut des Gesetzes eine andere Auffassung aus, z. B. in *Frankreich* Code pénal Art. 330:

> Toute personne qui aura commis un outrage public à la pudeur ....

und ähnlich in *Belgien* Art. 385 C. p.:

> Quiconque aura publiquement outragé les mœurs par des actions qui blessent la pudeur ....

oder in *Deutschland* § 183 St. G. B.:

> Wer durch eine unzüchtige Handlung öffentlich ein Ärgernis giebt ....

oder in *Italien* Art. 338 C. p.:

> Chiunque .... offende il pudore o il buon costume con atti commessi in luogo pubblico o esposto al pubblico ....

Übrigens ist die Frage in Deutschland gelegentlich an die Gerichte herangetreten, aber in Übereinstimmung mit der Wissenschaft stets verneint worden. So hat z. B. das preussische O.-App.-Gericht am 17. Januar 1873 (vgl. *Stenglein:* Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft N. F., Bd. II, S. 166) den Satz ausgesprochen: *Unzüchtige Handlungen können nur durch Wahrnehmungen anderer, nicht durch späteres Bekanntwerden öffentliches Ärgernis geben.*

Von erheblich grösserem Interesse ist es, dass andere Gesetzgebungen, wie z. B. das preussische Strafgesetzbuch, trotz des bei-

nahe gleichen Wortlautes immer die hier vertretene Auslegung gefunden haben. § 150 des preussischen Strafgesetzbuches lautet:

„Wer durch eine Verletzung der Schamhaftigkeit ein öffentliches Ärgernis giebt, wird mit Gefängnis von 3 Monaten bis zu 3 Jahren bestraft.

Auch kann zugleich auf zeitige Untersagung der Ausübung der bürgerlichen Ehrenrechte erkannt werden."

Zu diesem Paragraphen bemerkt *Goltdammer* (Die Materialien zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, Bd. II, S. 312): „Die frühern Entwürfe hatten sämtlich: „Wer sich *öffentlich* einer groben Verletzung u. s. w." Dieses *öffentlich* fehlt aber jetzt. Dadurch würde also das früher wesentlich beschränkende Erfordernis weggefallen sein. Es fragt sich aber, ob es zum Thatbestande genügt, dass die Handlungen nach ihrer Verübung öffentlich bekannt werden und dadurch das öffentliche Ärgernis erregen, oder ob sie unmittelbar durch ihre Wahrnehmung diese Wirkung hervorgebracht haben müssen." Goltdammer entscheidet sich dann für die letztere Alternative und verneint deshalb namentlich auch die Strafbarkeit des Konkubinats.

Ihm stimmen alle Autoren zu, die sich überhaupt mit dieser Frage des preussischen Strafrechts befassen. So sagt z. B. *Temme* (Glossen zum Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, S. 220): „Das öffentliche Ärgernis muss durch die Handlung selbst entstanden sein. Die Praxis, welche, wenn späterhin gar durch Herumträgerei und Denunziationen unbeteiligter Personen ein Skandal entstanden, wohl selbst absichtlich hervorgerufen war, ein öffentliches Ärgernis hier annimmt, kann nicht gerechtfertigt sein. Angriffe, auch grobe, auf die Schamhaftigkeit einer bestimmten Person .... können nur als Injurie oder Körperverletzung, wenn der Thatbestand dieser Verbrechen da ist, bestraft werden." Ferner bezeugt *Oppenzoff* (Das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten Nr. 4 zu § 150), dass verschiedene Erkenntnisse des preussischen Obertribunals die Anschauung gebilligt hätten, dass nur die Erregung des Ärgernisses durch die Begehung der Handlung selbst strafbar sei und es nicht hinreiche, „wenn das Ärgernis nur durch das spätere Bekanntwerden derselben (also durch eine von ihr verschiedene Thatsache) hervorgerufen wird".

Schliesslich mag noch erwähnt werden, dass auch *Stooss* (Zeitschrift für schweizerisches Strafrecht, Bd. IX, S. 228 ff.) gerade im Anschluss an den Fall Gamser, wegen dessen damals Klage noch

nicht erhoben war, die Unzulänglichkeit der bisherigen Gesetzgebung beklagt und eine besondere Strafandrohung für den Fall fordert, dass jemand an einer Frauensperson, die sich ihm zu ärztlicher Behandlung oder Untersuchung anvertraut hat, eine unzüchtige Handlung vornimmt. Er ist also *offenbar* der Ansicht, dass § 123 des Zürcher Strafgesetzbuches auf solche Fälle nicht passt.

Durch die bisherigen Ausführungen glaube ich dargethan zu haben, dass bei richtiger Auslegung des § 123 die dem Herrn Dr. Meyer vorgeworfenen Handlungen nicht strafbar sind. Sie haben kein öffentliches Ärgernis erregt, denn niemand ausser den Beteiligten hat sie wahrgenommen, und ebenso hat der Handelnde das Bewusstsein nicht haben können, dass durch sie Ärgernis erregt werde. Es fehlt deshalb sowohl der objektive wie der subjektive Thatbestand, den das Gesetz erfordert.

II.

Allerdings hat die Praxis der Zürcher Gerichte sich bei der Auslegung des § 123 meist auf einen andern Standpunkt gestellt. Sie betrachtet diesen Paragraphen, wie *Kronauer* (Zeitschrift für Schweizer Strafrecht V, S. 213) sagt, als „eine Art Sammelwagen für alle diejenigen Vergehen gegen die Sittlichkeit, welche nicht unter einen der früher genannten Verbrechensbegriffe sich subsumieren lassen“. Das Recht dazu leitet sie aus den Materialien des Gesetzes her, denn nach deren Inhalt sollten „trotz der scheinbar widersprechenden Definition unter diesem Gesichtspunkt auch Handlungen bestraft werden, welche zwar nicht öffentlich, sondern mehr oder weniger geheim geschahen, welche aber eine so grelle Verletzung der Sittlichkeit enthalten, dass das blosse Ruchbarwerden das sittliche Gefühl empört“. (Kronauer a. a. O. S. 214, vgl. auch Benz-Zürcher Nr. 4 zu § 123.) Wie unbefangene Juristen darüber denken, dass „die Gerichtspraxis trotz naheliegender Bedenken die Intentionen des Gesetzgebers respektiert“ (*Kronauer* a. a. O.), mögen für die ältere Zeit *Temme* und für die neuere *Stooss* bezeugen.

Temme (Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, S. 477, A. 1) sagt: „Die Praxis ist hier mitunter excessiv. So wird nicht nur gewerbsmässige Hurerei grundsätzlich als öffentliches Ärgernis erregend bestraft, sondern öffentliches Ärgernis auch dann angenommen, wenn die Handlung erst hinterher ruchbar geworden und dadurch öffentliches Ärgernis entstanden ist, und Ähnliches, vgl. Schauberg, Beiträge II, 107, IV, 16 f., XVII, 255 f., obwohl doch das Gesetz

Verübung auf öffentliches Ärgernis erregende Weise fordert. Solche Praxis läuft Gefahr, mehr der Chicane als dem Recht und der *guten* Sitte zu dienen.“ *Stooss* (Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, S. 253) bezeichnet die Rechtsprechung der Zürcher Gerichte als *„an Willkür grenzend“*. Es erklärt sich diese Erscheinung als einen Ausfluss des Bestrafung heischenden Rechtsbewusstseins. Aber ist der Richter berufen, dem Rechtsbewusstsein gegen das ius clarum in thesi zum Siege zu verhelfen? Im allgemeinen gewiss nicht. *Der Richter hat Recht zu sprechen, nicht Recht zu schaffen.* Er ist berufen, das Gesetz anzuwenden, nicht wie der Schöffe das Recht zu finden in der Tiefe seines sittlichen Bewusstseins. Wohl mag es ein stolzes Gefühl sein, vom Richterstuhl aus das Schwert zu schwingen gegen alles Unrecht in der Welt. Aber der Richter führt kein anderes Schwert, als das der Gerechtigkeit, und Gerechtigkeit herrscht nur, wo das Gesetz angewendet wird, wie es geschrieben steht. *Man stärkt das Recht nicht,* wenn man es modelt nach eigenem Gutdünken, es mildert oder schärft nach eigenem Belieben. Viel besser, dass ein vermeintliches Unrecht unbestraft bleibt, als dass der Richter dem Gesetze Gewalt anthut und damit erschüttert, was das Festeste sein sollte in der Welt: das Zutrauen zu einer unparteiischen, nur dem Gesetze folgenden Rechtsprechung. Dies Zutrauen und damit das unbedingte Gefühl der Rechtssicherheit gedeiht nur, wo das geltende Recht die alleinige Richtschnur bildet und der Richter der erste ist in der schweren Kunst, sein Meinen und Empfinden dem unterzuordnen, was das Recht fordert, gleichviel ob man seinen Inhalt billigt oder schilt.

Aber vielleicht ermächtigt das Zürcher Recht zu einer Rechtsprechung ad exemplum legis? Weit davon entfernt verbietet es sie vielmehr ausdrücklich. An der Spitze des Strafgesetzbuches (§ 1) steht der Satz: „Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde.“ Nulla pœna sine lege pœnali. Was der Satz bedeutet, das kann man nicht besser erläutern, als es in den Anmerkungen des *Benz-Zürcher*schen Kommentars geschehen ist. „Weder allgemeine Gründe der Strafwürdigkeit einer Handlung noch Rechts- oder Gesetzesanalogien berechtigen ihn (den Richter) dazu, eine Strafe zu verhängen, die nicht durch ein Gesetz.... bestimmt wird.“ „Dieser Grundsatz „ohne Gesetz keine Strafe“ ist eine Garantie der bürgerlichen Freiheit.“ „Auf allgemeine Gründe der Strafwürdigkeit kann man es auch nicht abstellen;

das Gesetz giebt nirgends eine allgemeine Bestimmung „der strafbaren Handlung", so dass die einzelnen Bestimmungen des Strafgesetzes nur als Beispiele strafbarer Handlungen betrachtet werden könnten, neben welchen auch noch andere Fälle gedenkbar wären, die der Richter gestützt auf die allgemeine Definition des Verbrechens zur Strafe ziehen könnte." Der Strafrichter „ist nicht gezwungen, für jede vor ihn gebrachte Anklage eine Strafbestimmung zu finden, er hat vielmehr lediglich zu untersuchen, ob der Fall unter eine bestehende Strafbestimmung gehöre oder nicht; letzternfalls spricht er den Angeklagten frei. Hält man es für unrichtig, dass gewisse Handlungen nach dem Wortlaut des Gesetzes straffrei bleiben, so mache man ein neues Gesetz; das ist aber die Aufgabe des Gesetzgebers und nicht des Richters".

Ich habe dem nichts hinzuzufügen, man wende nur diese goldenen Grundsätze auch auf § 123 an. Aber man wird ihn doch auslegen dürfen? Gewiss, nur nicht nach jenem Rezepte der Xenien:

Im Auslegen seid frisch und munter!
Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.

Auch der Auslegung sind eben feste Schranken gezogen in dem klaren Wortlaute des Gesetzes. Vor ihm verschwinden alle Materialien und ihr Inhalt zerfällt in nichts. Sehr zutreffend sagt *Binding* (Der Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund, S. 1 f.): „Mit dem Momente der Gesetzespublikation, mit deren kategorischem Befehle, wie es in dem Gesetze steht, so soll es Recht sein, verschwindet mit einem Schlage jener ganze Unterbau von Absichten und Wünschen des geistigen Urhebers des Gesetzes, ja des Gesetzgebers selbst: und das ganze Gesetz ruht von nun an auf sich, gehalten durch die eigene Kraft und Schwere, erfüllt von eigenem Sinn; oft klüger, oft weniger klug als sein Schöpfer, oft reicher, oft ärmer als dessen Gedanken, oft glücklicher im Ausdrucke, als dieser zu vermuten wagte, und hie und da an Stellen, wo der Autor festgefügte, dem Missverständnis spottende Satzung sah, plötzlich durch die Verkettung mit den übrigen Teilen der Norm in unheilvolles Schwanken geraten."

Aufgabe der Auslegung ist es, den Willen des Gesetzes zu ermitteln, nicht den des Gesetzgebers. Denn einen Gesetzgeber, der einen andern Willen hätte als den, dass die Worte des Gesetzes Rechtskraft erlangen sollen, giebt es heute in den meisten Staaten

nicht mehr. Oder sollte wirklich das Zürcher Volk, als es durch seine Abstimmung den Strafgesetzentwurf zum Gesetze machte, einen andern Willen gehabt haben? Was „Intentionen des Gesetzgebers" genannt wird, das sind günstigstenfalls Meinungsäusserungen einzelner bei der Gesetzgebung mitwirkender Faktoren. Für den Richter erlangen sie Bedeutung nur durch das Gesetz, nie gegen das Gesetz. Auf sie Rücksicht nehmen heisst der Willkür Thür und Thor öffnen, namentlich wenn die in den Materialien enthaltenen Weisungen ganz unbestimmter Natur sind. Was sind das für Handlungen, die „eine so grelle Übertretung des Sittengesetzes enthalten, dass das blosse Ruchbarwerden schon das sittliche Gefühl empört"? Als Beispiel genannt werden namentlich Akte widernatürlicher Unzucht, aber thatsächlich bestraft die Praxis überall da, wo es ihr gut scheint, entscheidend ist lediglich das Empfinden dem einzelnen Falle gegenüber, und das wird häufig genug von Umständen beeinflusst, die mit der rechtlichen Würdigung der Sache eigentlich gar wenig zu thun haben. Daneben werden Handlungen nicht bestraft, deren Ruchbarwerden das sittliche Gefühl ganz entschieden empört, z. B. das Konkubinat. Den Grund dafür giebt *Kronauer* (a. a. O., S. 213) dahin an: „Das Konkubinat allein ist durch den Willen des Gesetzgebers ausgeschieden, aber nicht als ein besonderes Delikt, sondern als ein Fall von „Ungehorsam gegen amtliche Verfügungen" (§ 80 des Strafgesetzbuchs), indem durch das Privatrecht (§ 646) unter dem Kapitel „Eherecht" das Konkubinat, d. h. die ohne civile Trauung eingegangene, dauernde Geschlechtsgemeinschaft von Mann und Frau, namentlich das Halten einer Maitresse, untersagt und den Gemeinderäten die Verpflichtung auferlegt wird, von den ihnen zur Kenntnis gelangenden Fällen dem Statthalteramt Mitteilung zu machen. Die letztere Behörde hat sodann, nach der nämlichen Gesetzesstelle, die Verzeigten aufzufordern, das Verhältnis binnen Frist zu lösen, unter Androhung der Überweisung an den Strafrichter wegen Ungehorsams." Es ist das eine mehr für die Konkubinarier angenehme als gerade folgerichtige Gesetzeshandhabung. Denn wenn eine und dieselbe Handlung sowohl als Ungehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen als auch als öffentliches Ärgernis erscheint, so liegt Idealkonkurrenz vor, und nach § 64 St. G. B. muss dann § 123 zur Anwendung kommen. Aber man respektiert hier das Gesetz, das offenbar § 123 auf solche Fälle nicht angewendet wissen will. Warum aber bestraft man dann Notzucht nach § 123, wenn ein Strafantrag fehlt, während das Gesetz doch offenbar diese Hand-

lung nur als Antragsdelikt behandelt wissen will? Weiter aber: Gerade bei dem Konkubinate fehlt eine ausdrückliche Anordnung, die § 123 ausschlösse. Weshalb hält man nun hier das Schweigen des Gesetzes für ein konkludentes und nicht auch bei den Handlungen, die das Gesetz gar nicht erwähnt und die deshalb überhaupt als nicht strafbar gelten müssten? Vielleicht ist es ein gewisser ästhetischer Widerwille gegen sexuelle Delinquenten. Aber mag er noch so unangenehm und widerwärtig sein, jeder Angeklagte hat den Anspruch darauf, dass ihm der Richter nicht Unrecht thue. Und so wenig Unrecht jemals durch die gute Absicht des Handelnden zum Rechte werden kann, so wenig entschuldigen auch die besten Intentionen den Richter, wenn er das Recht beugen wollte.

Aber kann man sich nicht, wie immer das Gesetz lauten mag, darauf berufen, dass eine konstante Praxis einen Gerichtsgebrauch geschaffen habe, der jetzt an Stelle des Gesetzes Geltung beanspruchen darf? Die ungemein schwierige Frage der Bedeutung des Gewohnheitsrechtes für das Strafrecht braucht hier nicht erörtert zu werden. Es genügt, darauf hinzuweisen, dass die Geltung des Satzes nulla pœna sine lege pœnali doch gar nicht anders als Verbot der Einführung neuer Strafthatbestände aufgefasst werden kann. Einführung neuer Strafthatbestände liegt aber thatsächlich auch darin, dass man Handlungen einem Strafgesetze unterordnet, das nicht auf sie passt. Übrigens ist der Gerichtsbrauch weder Gewohnheitsrecht, noch kann er solches bilden. Denn nicht aus sich selbst schöpft er, wenigstens in Fällen wie der vorliegende, seine Kraft, sondern lediglich aus dem Gesetze. Eine Usualinterpretation schafft nicht Recht, sondern wendet angeblich vorhandenes an. Darum ist der Richter, sobald er sich von der Unrichtigkeit einer Auslegung überzeugt, nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, von ihr abzugehen. Nirgends gilt mehr als auf diesem Gebiete der Satz, dass hundert Jahre Unrecht nicht ein Tag Recht sind. Übrigens würde die von den Zürcher Gerichten angenommene Intention des Gesetzgebers zu merkwürdigen juristischen Kuriositäten führen. Denn auch der Inhalt der Materialien berechtigt nicht dazu, die Erregung von Ärgernis als eine quantité négligeable zu behandeln, sondern hält vielmehr durchaus an ihr als an einem Thatbestandsmerkmale fest. Das Gegenteil wäre ja auch geradezu komisch: im Gesetze ein Thatbestandsmerkmal so präcis wie möglich aufzustellen, obgleich man das eigentlich gar nicht beabsichtigt hätte. Dann aber ist die strafbare Handlung erst vollendet, wenn Ärgernis

erregt ist. Wann der Moment eintritt, das hängt dabei aber rein vom Zufall ab. Wenn z. B. jemand, exempli causa ein Mann, der heute eine politische Rolle spielt und deshalb manche Gegner hat, vor langer Zeit einmal mit einer Dirne seine Wollust in besonders widerwärtiger Weise befriedigt hätte und heute die Dirne einem andern Besucher den Vorfall erzählt, so kann, wenn dieser für die Weiterverbreitung sorgt, daraus ein ganz niedlicher Skandal entstehen. Die Zürcher Gerichte müssten jenen Mann wegen Erregung von Ärgernis bestrafen, auch wenn 20 und mehr Jahre inzwischen verstrichen wären. Denn heute erst ist das Ärgernis erregt worden, heute also erst die damalige Handlung zu ihrem strafrechtlich erheblichen Abschlusse gelangt. Ganz vergeblich würde sich der Angeklagte auf Verjährung berufen. § 52, Absatz 2, sagt: „Die Verjährung beginnt mit dem Tage der begangenen That.“ Die That, die nach § 123 bestraft wird, ist ja eben die Ärgerniserregung. Darin allein besteht ja die Schuld des Angeklagten, dass er eine Bedingung gesetzt hat, die erst nach Jahr und Tag den Erfolg herbeizuführen braucht. — Wenn die Verhältnisse so lägen, wie eben vorausgesetzt wurde, dann werden freilich die Gerichte freisprechen, selbst wenn eine Klage erhoben sein sollte. Sie würden damit aber nur Zeugnis dafür ablegen, dass die aus der ihnen sonst geläufigen Anschauung mit juristischer Notwendigkeit sich ergebenden Folgerungen unhaltbare sind. Von da wäre es dann kein weiter Weg mehr, zuzugeben, dass die ganze Anschauung auf einem juristischen Irrtum beruht.

III.

Zu erörtern bleibt endlich noch die Frage, ob die dem Herrn Dr. Meyer vorgeworfenen Handlungen, selbst nach Massgabe der Interpretation, welche die Gerichte dem § 123 gewohnheitsmässig zu teil werden lassen, als strafbar bezeichnet werden können. Es wird das am besten geschehen können unter Besprechung des Urteils erster Instanz, das Herrn Dr. Meyer für schuldig erklärt hat.

Nach dem Urteile des Bezirksgerichts Zürich vom 7. Dezember 1896 werden dem Angeklagten folgende Handlungen zur Last gelegt:

a. Betasten der Genitalien der Patientinnen unter gleichzeitigem Heranführen ihrer Hände an seinen Geschlechtsteil. Fälle Wollemann (Schneider), Salzgeber, Engriser (Gasser).

b. Betasten der Genitalien der Patientinnen unter gleichzeitiger Einführung der Zunge in ihren Mund. Fälle Strahl (Ruckstuhl), Weiss und Vontobel.
c. Das Betasten der Genitalien der Patientin. Fall Gamser.
d. Das Verbringen der Zunge in den Mund der Patientinnen und das Veranlassen der letztern, ihre Zunge in den Mund des Angeklagten zu verbringen. Fälle Jäger und Possert.
e. Das Bestreichen und Anfassen der Brüste der Patientin. Fall Werner.

Dass diese Handlungen unzüchtige sind, bedarf einer weitern Auseinandersetzung in der That nicht. Ob sie wirklich so vor sich gegangen sind, wie die Anklage behauptet und das Gericht angenommen hat, kann und soll hier nicht untersucht werden.

Ob sie strafbar sind, hängt davon ab, dass sie Ärgernis erregt haben, sei es auch nur dadurch, dass sie ruchbar geworden sind. Ich glaube die Frage unbedingt verneinen zu müssen.

Wäre nun ihre Straflosigkeit kriminalpolitisch wirklich ein Übel? Wiese sie auf eine unerträgliche Lücke in der Gesetzgebung hin? Ich glaube nicht. Die unter Anklage gestellten Handlungen wären, objektiv betrachtet, Ausflüsse einer widerwärtigen Geilheit, eine wirkliche Entehrung der Patientinnen enthielten sie nicht. Ganz abgesehen von der Frage der körperlichen Jungfräulichkeit verliert ein weibliches Wesen seine Geschlechtsehre nur durch Erduldung des Beischlafs, nur dieser zerstört unwiderherstellbar etwas den Frauen Eigentümliches, nur er drückt der Vergewaltigten einen unauslöschbaren Makel auf. Alle anderen unzüchtigen Handlungen beleidigen die Betroffene, entehren sie aber nicht. Dieser Thatsache des gemeinsamen Empfindens aller Volkskreise haben alle Gesetzgebungen Rechnung getragen. Die gewaltsame Vollziehung des Beischlafs (oder die der Gewalt gleichgestellten Begehungsweisen) ist entweder allein strafbar oder wenigstens mit weitaus den härtesten Strafen bedroht. Nun gehen ja viele Strafgesetze insofern weiter als das Zürcher, indem sie *gewaltsame* Vornahme unzüchtiger Handlungen als ein besonderes Delikt hervorheben, die Vornahme unzüchtiger Handlungen an Erwachsenen *ohne Gewaltanwendung* wird nirgends als Sittlichkeitsdelikt bestraft. Auch nicht, wenn die Handlung als ein Vertrauensbruch seitens des Handelnden erscheint. Nach deutschem, österreichischem, französischem, belgischem, italienischem Rechte z. B. müssten die Herrn Dr. Meyer vorgeworfenen Handlungen straflos bleiben, sofern nicht der Gesichtspunkt der Be-

leidigung, die sie enthalten, geltend gemacht werden kann. Das bewiese freilich für die Strafbarkeit nach zürcherischem Rechte nichts, wenn diese gesetzlich feststünde. Für die Frage, ob es notwendig oder auch nur wünschenswert ist, durch gewaltsame Mittel der Auslegung eine Bestrafung zu ermöglichen, scheint mir die Thatsache von grossem Gewichte, dass man in andern Kulturstaaten in der Straflosigkeit ein Übel nicht erblickt.

In der vorliegenden Sache selbst nun ist vor allem der Fall Gamser von grösster Bedeutung, schon deshalb, weil ohne ihn der Prozess Meyer wahrscheinlich niemals entstanden wäre.

Fräulein Gamser hat sich das Leben genommen, indem sie in der Limmat den Tod suchte und fand. Auf einem Schächtelchen, das sich bei ihren am Ufer zurückgelassenen Sachen befand, stand die Notiz: „Dr. Meyer ist an meinem Tode schuld"; in dem Schächtelchen lag ein Zettel, der die Worte enthielt: „Dr. Meyer hat mich zur Verzweiflung getrieben". Selbstverständlich erregte dieser Fall das grösste Aufsehen. Der Thatbestand des Ärgernisses war (immer nur im Sinne einer unzutreffenden Interpretation des § 123) insofern gegeben, als jedermann annahm, dass Dr. Meyer an der Toten ein Sittlichkeitsverbrechen begangen habe. Die Sektion der Leiche wies nach, dass die jungfräuliche Ehre der Verstorbenen unverletzt war, und ergab überhaupt nichts, was im Sinne eines geschlechtlichen Angriffes hätte gedeutet werden können. Nun stellte sich aber heraus, dass Dr. Meyer Fräulein Gamser in früherer Zeit mehrmals am ganzen Körper und dabei auch an den Genitalien untersucht habe. Wie er glaubhaft angiebt — jedenfalls ist diese Schutzbehauptung auch in dem Urteile nicht als widerlegt bezeichnet — ist das im Einverständnis mit der Patientin, ja auf ihren Wunsch geschehen. *Möglicherweise* — die Annahme beruht nur auf der Angabe des Herrn Dr. Meyer — hat auch bei der letzten dem Tode unmittelbar vorhergehenden Konsultation eine Wiederholung dieser Untersuchung stattgefunden. Diese thatsächlichen Feststellungen benützt nun das Gericht zu einer Konstruktion von überraschender Kühnheit. Obwohl das Gericht in den Gründen ausdrücklich hervorhebt, dass sich *nicht* feststellen lasse, was vorgekommen sei, stellt es dennoch in demselben Atem fest, dass ein geschlechtliches Attentat von einer solchen Schwere vorgekommen sei, dass sich daraus der Selbstmord der Patientin erkläre. Denn der Selbstmord muss doch einen Grund haben, und der Schluss ist nach Ansicht des Gerichtes „wohl nicht zu gewagt", dass dieser

Grund ein Angriff auf die sexuelle Ehre gewesen sei. Nun hat sich freilich die Patientin früher die Untersuchungen ohne Entrüstung gefallen lassen, wenn sie sich das letzte Mal darüber entrüstete — und dass sie das gethan hat, das nimmt das Gericht ohne weiteres an — so muss sie eben die Untersuchung als eine unzüchtige Handlung angesehen haben.

Diese ganze Konstruktion ist gelinde gesagt unvorsichtig, denn alle Mittelglieder beruhen nicht auf Thatsachen, sondern auf unbewiesenen und der Lage der Sache nach auch unbeweisbaren Annahmen. Da eben die Handlung, auf die alles ankommt, nicht festgestellt werden kann, so darf ein vorsichtiger Richter nur ein „non liquet“ aussprechen. Er darf das selbst dann nur, wenn sich für den Selbstmord eine angemessene Erklärung aus andern Gründen nicht finden lässt. Im gegebenen Falle liegt aber eine solche Erklärung sehr nahe. Frl. Gamser war in der letzten Sitzung von Dr. Meyer kokainisiert worden, und zwar mit einer Lösung, deren Anwendung zwar die Gesetze der ärztlichen Kunst gestatten, die aber wiederholt schon schwere Vergiftungserscheinungen hervorgerufen hat. Die hervorragendsten Fachleute bestätigen das und nehmen keinen Anstand, den Selbstmord als eine Folge der seelischen Überreizung auf Grund der Kokainwirkung anzusehen. Diese Thatsache übergeht das Gericht vollkommen mit Stillschweigen, obwohl sie die Erklärung enthalte, nach der es vergeblich sucht. Das ist um so befremdlicher, als das Gericht von seinem Standpunkt aus sich genötigt sieht, die natürliche Schlussfolgerung: was früher als sachlich notwendig hingenommen wurde, ist unmöglich auf einmal die Ursache eines Selbstmordes geworden, in ihr gerades Gegenteil zu verkehren. Das ist noch dazu schon aus dem Grunde sehr bedenklich, weil ein geschlechtliches Erlebnis der Art absolut ungeeignet ist, ein normales weibliches Wesen in den Tod zu treiben. Man braucht nicht einmal den allgemeinen Grundsatz: in dubio pro reo anzurufen, um zu dem Schlusse zu kommen: der Fall Gamser muss überhaupt ausscheiden, denn er hat wohl Ärgernis erregt, aber die Annahme, dass eine unzüchtige Handlung vorliege, hat sich als unbeweisbar herausgestellt. Es fehlt somit ein wesentliches Thatbestandsmerkmal des § 123.

Dass in den übrigen Fällen öffentliches Ärgernis entstanden sei, hat das Gericht nachzuweisen nicht einmal versucht. Die einzige Bemerkung in den Erwägungsgründen, die in dem Sinne verwertet werden könnte, ist die unter II d: „In mehreren Fällen haben die

betreffenden Damnifikaten unmittelbar nach dem Vorfall Drittpersonen von dem Geschehenen Mitteilung gemacht." Dass eine solche Feststellung gänzlich ungenügend ist, um den Thatbestand des öffentlichen Ärgernisses festzustellen, liegt auf der Hand. Denn einmal ist es nicht einmal vermutungsweise festgestellt, dass die Empfänger der Mitteilung an dem, was sie erfuhren, Ärgernis genommen haben. Ferner ist ebensowenig festgestellt, dass sich die Mitteilungen auf Handlungen bezogen, die von den Betroffenen als unzüchtige angesehen worden sind. Und endlich würden alle diese Feststellungen nicht genügen, denn das Ärgernis muss ein öffentliches sein. Man mag über die einzelnen Merkmale des Begriffes der Öffentlichkeit, der bekanntlich zu den sehr bestrittenen gehört, denken wie man will, so viel steht fest, dass die Öffentlichkeit über den engen Kreis der nächsten Familienangehörigen und der intimsten Freunde oder Freundinnen hinaus reicht — was in diesen engen Grenzen sich bewegt, das ist an die Öffentlichkeit noch gar nicht gelangt.

In den meisten Fällen scheinen überhaupt Mitteilungen an andere Personen nicht gemacht worden zu sein, die Fälle aber, wo es geschehen ist, hat das Gericht nur benutzt, um aus der Übereinstimmung der Aussagen dieser Personen mit denen der Patientinnen des Herrn Dr. Meyer Schlüsse auf die Glaubwürdigkeit der letzteren zu ziehen.

Es muss also bis auf weiteres angenommen werden, dass nicht feststeht, dass die Handlungen des Dr. Meyer zur Kenntnis weiterer Kreise gekommen sind und dass also auch das Publikum ein Ärgernis an ihnen nicht genommen hat und nicht genommen haben kann.

Auch im Sinne der „Materialien" sind die Handlungen nicht „ruchbar" geworden, denn ruchbar ist nur das, was zur Kenntnis eines grösseren Kreises von Personen gekommen ist. Vgl. *Heyne* in Grimms Wörterbuch, S. 1341, der „ruchbar" mit notus, pervulgatus übersetzt und „ruchbare That" mit factum manifestum, und *Sanders* Wörterbuch der deutschen Sprache II, 1, S. 793, der angiebt, dass der Ausdruck „ruchbar" von etwas allgemein Kundgewordenem regelmässig gebraucht werde, während er ausnahmsweise die Nebenbedeutung: „viel besprochen, berufen, berühmt und berüchtigt" habe. Davon ist aber im gegebenen Falle nicht einmal die Rede gewesen, geschweige denn, dass es bewiesen wäre. Im Gegenteil, alle Zeuginnen haben geschwiegen, jahrelang geschwiegen, und sind erst mühsam von einigen besonders interessierten Personen aufgetrieben worden. Nun kann man auch nicht sagen: durch die

Zeugenvernehmungen sind die Handlungen „ruchbar“ geworden und haben dann selbstverständlich öffentliches Ärgernis erregt. Das hiesse juristisch die Dinge geradezu auf den Kopf stellen. Durch Zeugenaussagen soll das Vorhandensein einer strafbaren Handlung nachgewiesen werden. Die Handlung selbst muss deshalb in allen Thatbestandsmomenten vorliegen, sie kann nicht erst durch die Zeugenaussagen selbst zur Perfektion gelangen. Das ist so selbstverständlich, dass die Erwähnung lächerlich erscheinen könnte, und doch ist es die letzte Ausflucht, deren man sich bedienen kann, um den Thatbestand des § 123 in dem Fall Meyer herauszukünsteln.

Das Urteil vom 7. Dezember 1896 ist freilich von einer solchen Künstelei sehr weit entfernt. Es macht sich um den Nachweis der im § 123 erforderten Thatbestandsmerkmale nicht die geringste Sorge. Bezeichnenderweise wird der Wortlaut des Paragraphen, aus dem die Verurteilung erfolgt, in dem ganzen Urteile nicht erwähnt. Dass ein öffentliches Ärgernis nachgewiesen sei, wird nirgends festgestellt, und doch erfolgt die Verurteilung ausschliesslich aus diesem Grunde. „Es wird gefunden und erkannt: 1. Der Angeklagte ist der Erregung öffentlichen Ärgernisses schuldig.“ Tenor indicii und Erwägungsgründe stimmen deshalb eigentlich gar nicht zusammen, denn die Erwägungsgründe sind ausschliesslich bemüht, festzustellen, dass unzüchtige Handlungen vorliegen, die im Tenor hernach nicht einmal erwähnt sind. Ein solches Verfahren ist nur möglich, weil als thema probandum gar nicht der § 123 hingestellt wird, sondern ein Gebilde eigener Konstruktion. Die Eingangsworte des Urteils lauten: „Die Praxis hat unter den Begriff des öffentlichen Ärgernisses im Sinne von § 123 des Strafgesetzbuches auch diejenigen Fälle subsumiert, in welchen nicht öffentlich, sondern mehr oder weniger geheim Handlungen begangen worden sind, welche, weil eine Übertretung des Sittengesetzes enthaltend, das sittliche Gefühl derjenigen, welche davon Kenntnis erhielten, verletzen mussten.“ Das ist etwas ganz anderes, als § 123 wirklich enthält, es ist auch etwas anderes, als die „Materialien“ fordern. Denn einmal wird dabei das Thatbestandsmerkmal des öffentlichen Ärgernisses, selbst durch Ruchbarwerden der Handlung, einfach über Bord geworfen. Anderseits wird das andere Thatbestandsmerkmal der unzüchtigen Handlung einfach durch den viel umfassendern Begriff der Übertretung des Sittengesetzes ersetzt. Und nicht einmal dieser einem unbefugten Akte der Gesetzgebung durch die Gerichte entstammende Thatbestand ist wirklich erwiesen, sondern Herr Dr. Meyer ist lediglich verurteilt

worden, weil er unzüchtige Handlungen begangen habe, die zwar im Gesetz nicht mit Strafe bedroht sind, die aber der Richter für strafwürdig hält.

Gewiss sind die Intentionen des Richters löblich gewesen, man mag das Verfahren billigen, wenn man will, — eine Feststellung des durch § 123 des Strafgesetzbuches erforderten Thatbestandes ist es nicht.

Ich fasse mein Gutachten dahin zusammen:

Wenn Herr Dr. Meyer die ihm zur Last gelegten Handlungen wirklich begangen hat, so muss er gleichwohl aus Rechtsgründen freigesprochen werden, selbst wenn man die ausdehnende Auslegung des § 123 auf Grund der Materialien als berechtigt anerkennen wollte, denn es ist nicht nachgewiesen, dass seine Handlungen ruchbar geworden sind.

Heidelberg, den 22. Dezember 1896.

Der Stimmzwang in der Schweiz.

Von

Prof. Dr. *J. Schollenberger* in Zürich.

I. Litteratur.

Dubs, Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, I, p. 173.

Statistisches Jahrbuch der Schweiz, 2. Jahrg., 1892, XVIII, „Politische Statistik der Schweiz", p. 296 ff.

Zeitschrift für schweizerische Statistik, 1893, p. 91: „Die gesetzlichen Bestimmungen betreffend Stimmzwangsabgabe in den fünf Kantonen Zürich, Schaffhausen, St. Gallen, Aargau, Thurgau."

Tabelle über die eidgenössischen Abstimmungen (o. J. und O.; mitgeteilt von der Staatskanzlei von Appenzell A.-Rh.).

Referendum und Initiative im Kanton Zürich, 1869—1886 (von Staatsschreiber Stüssi).

Übersicht der Volksabstimmungen im Kanton Zürich (Separatabdruck aus dem vorigen, fortgeführt bis 1893).

Weisung zu dem unter II, Zürich 3, citierten Gesetze (Amtsblatt, Text, 1890, p. 238 ff.).

Geschäftsordnungen auf die ordentlichen Landsgemeinden in Ausser-Rhoden [1]) *pro 1882 und 1883.*

Nachweiser etc. und Zusammenstellung der Ergebnisse der Volksabstimmungen im Kanton St. Gallen, [1]) *1831—1894.*

---

[1]) Mitteilung der resp. Staatskanzlei.

Exposé des motifs à l'appui du projet de loi sur l'élection des députés au Grand Conseil (de la République et Canton de Neuchâtel,[1]*) 1890.*

Rapport de la Commission de Revision, ibidem, 1891.

Bulletin officiel des délibérations du Grand Conseil, ibidem, Band L und LII.

II. Quellen.

Die Kantone, in denen sich Bestimmungen betreffend den Stimmzwang, bezw. im weitern die Stimmpflicht finden, sind: *Zürich, Bern, Luzern, Uri, Obwalden, Glarus, Solothurn, Baselland, Schaffhausen, beide Appenzell, St. Gallen, Aargau, Thurgau, Tessin* und *Neuenburg.* Von den 25 Kantonen sind es also 16, die Mehrzahl.

In den *Landsgemeindekantonen* (Kantone mit kantonaler Volksversammlung; heute: Uri, beide Unterwalden, Glarus und beide Appenzell, früher auch Schwyz und Zug) ist die Stimmpflicht, bezw. die Pflicht zum Erscheinen an der Landsgemeinde althergebracht, wiewohl es heute nicht in allen ausdrückliche Vorschriften dafür giebt.

Die geltenden kantonalen Bestimmungen betreffend Stimmzwang, bezw. Stimmpflicht:

Zürich. 1. *Verfassung,* vom 18. April 1869: III., B. Volksabstimmung, Art. 30, Abs. 4:

„... Die Betheiligung hieran ist eine allgemeine Bürgerpflicht."

2. *Gesetz betreffend das Gemeindewesen,* vom 27. Juni 1875, § 61:

„Die Gemeinden können beschliessen, dass zu allen oder einzelnen ihrer Versammlungen oder zur Theilnahme an Abstimmungen durch die Urne unter Androhung einer Ordnungsbusse von höchstens einem Franken eingeladen werden solle. — Solche Ordnungsbussen werden von der Gemeindebehörde verhängt und fallen in die betreffende Gemeindekasse." (Teilweise aufgehoben durch 3.)

3. *Gesetz betreffend Abänderung des § 4* des Gesetzes über die Wahlen und die Entlassung der Beamten etc., vom 29. Juni 1890:

„Die Betheiligung der Stimmberechtigten bei allen Wahlen und Abstimmungen, bei welchen die Urne zur Verwendung kommt, ist obligatorisch ... — Der Gemeindrath lässt die Stimmberechtigungsausweise, welche nicht am Abstimmungs- oder Wahltage dem Wahlbüreau abgegeben, oder längstens während der folgenden zwei Tage demselben zurückgesandt werden, bei den Säumigen abholen und erhebt

[1]) Mitteilung der resp. Staatskanzlei.

zu Handen der Gemeindekasse eine Bezugsgebühr von 50 Rp. bis 1 Fr. — Die Festsetzung der Höhe der Bezugsgebühr ist Sache der Gemeinde."

Bern. *Gesetz über die Volksabstimmungen und öffentlichen Wahlen,* vom 31. Oktober 1869, § 1, Schlusssatz:

„Die Ausübung des Stimmrechtes ist Bürgerpflicht, sie darf aber mit keinem Zwang verbunden werden."

Luzern. *Organisationsgesetz,* vom 7. Juni 1866, § 244, Schlusssatz:

„Jeder stimmfähige Bürger ist zum Besuche der Gemeindeversammlungen verpflichtet" (betreffend Einwohnergemeinden; gleicherweise auch betreffend Ortsbürgergemeinden, § 283, und Korporationsgemeinden, § 290 ibidem).

Uri. 1. *Verfassung,* vom 6. Mai 1888, Art. 18:

„Die Theilnahme an der Landsgemeinde und den Gemeindeversammlungen wird als Bürgerpflicht erklärt."

2. *Gesetz über die Landesgemeinde,* vom 3. Mai 1885, Art. 1:

„Der Besuch der Landesgemeinde ist als Bürgerpflicht eines jeden stimmfähigen Einwohners des Kantons aufzufassen."

Obwalden. *Verordnung über Abhaltung der Landsgemeinde,* vom 23. März 1895, Art. 2:

„Der Besuch der Landsgemeinde ist eine jedem in bürgerlichen Rechten und Ehren stehenden Landmann und jedem hierorts in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigten Schweizerbürger obliegende Bürgerpflicht."

Glarus. *Verfassung,* vom 22. Mai 1887, III., I. Die Landsgemeinde, Art. 31, Abs. 2:

„Das Erscheinen an derselben ist für jeden Stimmberechtigten Bürgerpflicht."

Solothurn. 1. *Gesetz über Volksabstimmungen und Wahlen,* vom 28. Mai 1870, § 4:

„Jeder Stimmberechtigte ist gehalten, an Volksabstimmungen und Wahlen in eidgenössischen und kantonalen Angelegenheiten Theil zu nehmen, widrigenfalls er, genügende Entschuldigungsgründe vorbehalten, sich der im Gesetze (vergl. 2) vorgesehenen Strafe schuldig macht. — Als genügende Entschuldigungsgründe gelten bloss: *a.* Alter von mehr als 65 Jahren; *b.* Abwesenheit ausser dem Kanton und *c.* Krankheit oder sonst erhebliche Verhinderungsgründe."

2. *Gesetz betreffend Verpflichtung der Stimmberechtigten zur Theilnahme an Abstimmungen und Wahlen,* vom 5. Januar 1861: [1])

„*§ 1.* Jeder Stimmberechtigte ist gehalten, an Volksabstimmungen und Wahlen in eidgenössischen und Kantonalangelegenheiten Theil zu nehmen. — *§ 2.* Wer ohne genügende Entschuldigung an der Wahlverhandlung nicht Theil nimmt, hat 70 Cts. an die Gemeindekasse zu bezahlen. — *§ 3.* Als Entschuldigungsgründe gelten: 1. Alter von mehr als 65 Jahren. 2. Abwesenheit ausser dem Kanton. 3. Krankheit, oder sonst erheblicher Behinderungsgrund. — *§ 4.* Die Ausgebliebenen haben längstens 8 Tage nach der Wahl ihre Entschuldigungsgründe dem Präsidenten des Wahlbureau anzuzeigen. — Das Bureau entscheidet endgültig über die Entschuldigungsgründe und fertigt ein Verzeichniss derjenigen an, welche bei der Wahlverhandlung mit oder ohne Entschuldigung ausgeblieben sind. — Dieses Verzeichniss ist dem Gemeindrath zu übergeben, welcher die unentschuldigt Ausgebliebenen zur Zahlung der 70 Cts. anzuhalten hat."

Baselland. 1. *Gesetz über diejenigen Wahlen und Abstimmungen, welche dem Volke zustehen,* vom 1. März 1869:

„III. Vom Bieten zu den Wahlen und Abstimmungen .... *§ 18.* Die Gemeindräthe sind befugt, bei einer Busse von 50 Cts. bieten zu lassen. Wird von dieser Befugniss Gebrauch gemacht, so hat sich die Ortspolizei das richtige Bieten durch jeden einzelnen Stimmberechtigten oder einen mehrjährigen Familienangehörigen bescheinigen zu lassen. Die Bussen fallen in die Schulkasse. — *§ 19.* Will ein Stimmberechtigter, dem gehörig geboten worden ist, sein Ausbleiben entschuldigen, so hat er spätestens am 3. Tage nach der betreffenden Verhandlung dem Gemeindepräsidenten die Entschuldigungsgründe anzugeben. Als solche können geltend gemacht werden: 1) eigene oder naher Anverwandter Krankheit; 2) hohes Alter und Gebrechlichkeit; 3) unaufschiebbare, dringende Geschäfte. — Ueber die Triftigkeit der vorgebrachten Gründe entscheidet endgültig der Gemeindrath."

2. *Gesetz betreffend die Organisation und Verwaltung der Gemeinden,* vom 14. März 1881, § 22:

„Die Gemeinden können zu allen oder einzelnen Gemeindeversammlungen oder zur Theilnahme an Abstimmungen unter Androhung einer Ordnungsbusse von 50 Cts. bieten lassen. Solche Ordnungsbussen werden durch den Gemeinderath den Fehlbaren, die nicht hinlängliche Entschuldigungsgründe vorbringen können, auferlegt und fallen in die Gemeindekasse" (betreffend politische Gemeinden; ebenso betreffend Bürgergemeinden: § 118 ibidem). [2])

Schaffhausen. 1. *Verfassung,* vom 24. März 1876:

„*Art. 27,* Abs. 3. Der Gesetzgebung bleibt vorbehalten, zu bestimmen, in welchen Fällen die Betheiligung bei den Wahlen eine obligatorische sein soll. —

[1]) Nach Mitteilung der Staatskanzlei *obsolet.*

[2]) Die Bestimmungen betreffend Stimmzwang sollen laut Mitteilung der Landeskanzlei durch die Verfassung vom 4. April 1892 aufgehoben worden sein. Wieso?

Art. 42, Abs. 5 (des Verfassungsgesetzes vom 24. Februar 1895). Die Abstimmung (d. h. die Volksabstimmung) findet in den Gemeinden statt; die Betheiligung dabei ist obligatorisch."

2. *Reglement über die Wahlen in den Grossen Rath und die Einführung der Wahlurne,* vom 24. Mai 1876, Art. 19:

„Sämmtliche Stimmberechtigte, mit Einschluss der über 60 Jahre alten, haben bei einer Busse von Fr. 2. — an dem Wahlakte Theil zu nehmen. Als Entschuldigungsgründe für die Ausbleibenden gelten diejenigen, welche in Art. 6 des Gesetzes über Abberufung des Grossen Rathes, vom 6. April 1858 (aufgehoben durch 3.), aufgeführt sind."

3. *Gesetz über die Ausübung der Volksrechte (Referendum, Initiative und Abberufungsrecht),* vom 16. November 1876:

„*Art. 6.* Die Theilnahme an der Abstimmung ist insofern obligatorisch, als unentschuldigtes Ausbleiben mit Fr. 2 gebüsst wird. — *Art. 7.* Entschuldigungsgründe sind: Landesabwesenheit am Tage der Abstimmung, Krankheit oder Gebrechen; gefährliche Krankheit der Ehefrau, eines Kindes, des Vaters oder der Mutter, des Bruders oder der Schwester; tiefe Trauer im Falle des Todes einer der vorgenannten Personen, während 8 Tagen nach dem Todestage. — Der Entschuldigungsgrund ist binnen 4 Tagen nach dem Tage der Abstimmung bei dem Gemeindrathspräsidenten der Wohngemeinde schriftlich einzureichen, widrigenfalls er nicht mehr geltend gemacht werden kann. — Notorische Gebrechlichkeit ist im Verzeichnisse der Stimmberechtigten vorzumerken, und braucht im einzelnen Falle nicht mehr geltend gemacht zu werden."

4. *Gesetz über das Gemeindewesen,* vom 9. Juli 1892:

„*Art. 30.* Die Wahlen des Präsidenten, Vicepräsidenten und Schreibers der Gemeinde, des Einwohnerausschusses, des Gemeinderathspräsidenten und der Gemeindräthe, der Verwalter öffentlicher Gemeindegüter, Forstverwalter, Friedensrichter, Gemeindeschulbehörden und ihrer Präsidenten finden bei 1 Fr. Busse statt. — Es bleibt den Gemeinden überlassen, auch andere Wahlen für obligatorisch zu erklären. — *Art. 31.* Folgende Abstimmungen, bezw. Verhandlungen der Gemeindeversammlungen finden bei 1 Fr. Busse statt: 1. Die Annahme neuer oder Abänderung bestehender Gemeindeverfassungen (Ortsstatuten); 2. Die Bewilligung zur Kontrahirung von Kapitalschulden, welche nicht zur Tilgung bereits bestehender Schulden oder zur Zahlung bewilligter Ausgaben erfolgen; 3. Beschlüsse betreffend Handhabung der Aufsicht über die Verwaltung des Gemeindevermögens, insbesondere die Genehmigung der Gemeinderechnungen; 4. Die Beschlussfassung über die Voranschläge und die Gemeindesteuern; 5. Die Veräusserung oder Verpfändung von Liegenschaften, soweit nicht die besondern Gemeindeverfassungen hierüber anders bestimmen. — Die nach Art. 24, lit. *d* (d. h. „auf Verlangen des Einwohnerausschusses, des Gemeinderathes oder wenn $^1/_4$ der Stimmberechtigten es durch begründeten, schriftlichen Antrag verlangt") einberufenen Versammlungen sind, ohne Rücksicht auf den Berathungsgegenstand, obligatorisch. — Es bleibt den Gemeinden freigestellt, durch die Gemeindeverfassung auch andere Verhandlungen und Abstimmungen für obligatorisch zu erklären. — *Art. 32.* Entschuldi-

gungsgründe sind: 1. Landesabwesenheit; 2. Militärdienst; 3. Dringende Amtsgeschäfte; 4. Eigene Krankheit oder notorische Gebrechlichkeit; 5. Schwere Krankheit naher Angehöriger, zu welchen gezählt werden: die Ehegattin, Blutsverwandte und Verschwägerte bis und mit dem 2. Grade; 6. Tiefe Trauer, während 8 Tagen vom Todestag des Verwandten (Ziff. 5) an gerechnet; 7. Für Gemeindeversammlungen: ein Alter von mehr als 65 Jahren. — Entschuldigungen sind schriftlich, unter Angabe der Gründe, spätestens am 4. Tage nach der Versammlung dem Gemeinderathspräsidenten einzureichen. — Ueber streitige Entschuldigungsgründe entscheidet der Gemeinderath. — Wissentlich unrichtige Entschuldigungen werden vom Gemeinderath innerhalb seiner Kompetenz bestraft."

Ausserrhoden. 1. *Verfassung,* vom 15. Oktober 1876:

„*Art. 27.* Die *Lands*gemeinde ist die Versammlung ... Das Erscheinen und die Theilnahme an derselben bis zum Schlusse ist Bürgerpflicht .... — *Art. 40.* ... Der Besuch der *Gemeinde*versammlung ist Bürgerpflicht ...."

2. *Bestimmung betreffend Besuch der Landsgemeinde,* Landsgemeindebeschluss vom 29. April 1883:

„Wer nach Art. 22 und 27 der Kantonsverfassung zur Theilnahme an der Landsgemeinde berechtigt und verpflichtet ist, den Verhandlungen derselben jedoch ohne erhebliche Gründe, wie Krankheit, Altersschwäche oder mehrtägige Landesabwesenheit, nicht von Anfang bis Ende beiwohnt, ist um 10 Fr. zu büssen. Diese Busse fällt in die Polizeikasse derjenigen Gemeinde, in welcher der Fehlbare wohnt."

Innerrhoden. 1. *Verfassung,* vom 24. November 1872, Art. 17:

„Jeder Stimmberechtigte ist nicht bloss berechtigt, sondern auch verpflichtet, an allen Landsgemeinden und verfassungsmässig öffentlichen Versammlungen theilzunehmen."

2. *Verordnung betreffend den obligatorischen Besuch der Landsgemeinde und Bezirksversammlungen,* vom 18. November 1879:

„*Art. 1.* Jeder Kantons- und in hier niedergelassene Schweizerbürger, der nach Massgabe herwärtiger Bestimmungen die erforderlichen Eigenschaften zur Stimm- und Wahlfähigkeit besitzt, ist bei einer Busse von 5 Fr. angehalten, den ordentlichen und ausserordentlichen Landsgemeinden in anständiger Kleidung mit einem Seitengewehr versehen und vom Anfange bis zum Ende den Geschäften beizuwohnen. — Bei gleicher Busse ist jeder Stimmberechtigte gehalten, den Bezirksversammlungen, im Sinne des Art. 33 der Verfassung, beizuwohnen. — Während der Abhaltung der Landsgemeinde findet seitens der Polizeidirektion eine genaue Kontrole in den Wirthschaften darüber statt, ob dem obligatorischen Besuch der Landsgemeinde Nachachtung geschehe und werden Fehlbare zu Handen des Landsäckelamtes mit 5 Fr. gebüsst. — *Art. 2.* Von der im Art. 1 festgesetzten Busse sind ausgenommen: 1. Diejenigen, welche das 65. Altersjahr zurückgelegt haben, und 2. Diejenigen, welche hinderliche Krankheitsumstände, durch dringende Umstände nöthig gewordene Landesabwesenheit oder andere erhebliche Verhinderungs-

gründe nachweisen können. — *Art. 3.* Wer den Landsgemeindebesuch oder den Besuch der Bezirksversammlungen im Sinne von Art. 1 versäumt und nicht in eine der aufgestellten Ausnahmskategorien gehört, soll dem regierenden Hauptmannamte desjenigen Bezirks, in welchem er wohnt, verzeigt und (mit Vorbehalt des Abs. 3 des Art. 1) zu Handen der betreffenden Bezirkskasse zur Bezahlung der vorgeschriebenen Busse angehalten werden."

St. Gallen. 1. *Verfassung,* vom 16. November 1890, Art. 43:

„Jeder stimmfähige Bürger ist pflichtig, an den verfassungsmässigen Wahlen und Abstimmungen, sowie an Gemeindeversammlnugen theilzunehmen. Diese Pflicht hört mit dem Antritte des 60. Altersjahres auf."

2. *Gesetz betreffend die Organisation der Verwaltungsbehörden der Gemeinden und Bezirke,* vom 1. März 1867:

„*Art. 20.* Jeder stimmfähige Bürger, welcher das 60. Altersjahr noch nicht angetreten hat, ist pflichtig, die Bürgerversammlungen (d. h. Versammlungen der politischen Gemeinden) zu besuchen. — Ueber die Pflicht zum Besuche der Bürgerversammlungen gelten folgende besondere Vorschriften: *a.* Jeder stimmfähige Bürger, der ohne rechtsgültige Entschuldigung einer Bürgerversammlung nicht beigewohnt hat, oder erst nach der Wahl der Stimmenzähler erscheint, oder vor Beendigung der Versammlung dieselbe verlässt, verfällt in eine Busse von 2 Fr. — *b.* Rechtsgültige Entschuldigungsgründe für das Ausbleiben von Bürgerversammlungen sind: aa. erwiesene Krankheiten; bb. wichtige Krankheiten, von welchen Familienangehörige des Bürgers befallen sind, wenn dieselben durch ärztliche Bescheinignngen erwiesen werden; cc. Abwesenheit in unverschieblichen Amtsgeschäften; als ein solches gilt auch der unerlässliche Betriebsdienst seitens der Post-, Telegraphen- und Eisenbahnangestellten; dd. Tauf- und Geburtsfälle für den Vater; ee. Tauffälle für den Pathen; ff. Beerdigung von Familiengliedern bis und mit dem 4. Grad der Blutsverwandtschaft; gg. bleibender Aufenthalt von Bürgern ausser der Gemeinde, in welcher sie stimmfähig sind; hh. Abwesenheit zur Zeit der Auskündnng einer Bürgerversammlung und bis zum Tage nach Abhaltung derselben. — Ueber andere Entschuldigungsgründe entscheidet der Gemeinderath. — *c.* Der Gemeinderath hat die Stimmfähigkeitsscheine einzusammeln und dieselben nach Beendigung der Bürgerversammlung mit dem Stimmfähigkeitsregister zu vergleichen. Nachher sind die ohne Entschuldigung abwesend gebliebenen Bürger, sowie diejenigen, welche nicht binnen 8 Tagen vollgültige Entschuldigungsgründe eingegeben haben werden, vom Gemeinderathe mit der gesetzlichen Busse zu belegen. — *d.* Die Strafbestimmungen dieses Artikels finden gegen Bürger auch mit Bezug auf diejenigen Bürgerversammlungen Anwendung, welche nach dem XI. Abschnitt der Kantonsverfassung abgehalten werden (d. h. heute betreffend Volksabstimmung). — *e.* Sämmtliche Bussen wegen versäumten Besuches der Bürgerversammlung einer politischen Gemeinde fallen der Kasse dieser letztern anheim, die Bussen wegen versäumten Besuches der Genossenversammlung einer Ortsgemeinde dem bezüglichen Armenfonde. — *Art. 21.* Die Strafbestimmungen obigen Artikels finden auch auf die Schulgenossenversammlungen ihre Anwendung. — Bussen wegen versäumten Besuches einer Schulgenossenversammlung fallen in die Schulkasse der betreffenden Schulgemeinde."

Aargau. 1. *Verfassung,* vom 23. April 1885, Art. 15:

„Die Stimmberechtigten sind zur Theilnahme an allen öffentlichen Wahlen und Abstimmungen verpflichtet.“

2. *Gesetz über die Organisation der Gemeinden und Gemeinderäthe,* vom 26. November 1841, § 11:

„Jeder, der auf das Verzeichniss der Stimmfähigen gebracht worden, ist gehalten, der Einwohnerversammlung beizuwohnen. — Zur Erscheinung an derselben soll jedem Stimmfähigen bei einer vom Gemeindrath vorher festzusetzenden Busse von 1—4 Fr. (n. W.) geboten, und diese Busse im Falle des unentschuldigten Nichterscheinens oder der Entfernung vor beendigter Versammlung ohne Erlaubniss ihres Vorsitzers, worüber der Gemeindrath zu entscheiden hat, ohne Nachsicht bezogen werden.“ (Ebenso betreffend die Ortsbürgerversammlung: § 28 ibidem.)

3. *Revidiertes allgemeines Wahlgesetz,* vom 22. März 1871:

„*§ 32.* Jeder Stimmfähige ist zur Theilnahme an den Wahlverhandlungen verpflichtet. — Gleichzeitig mit der Anordnung der Wahlen wird durch die betreffende Amtsstelle für das Nichterscheinen bei der Wahlverhandlung eine Busse innert der Grenzen von Fr. 1—4 festgesetzt. — *§ 67.* Nach beendigter Wahlverhandlung prüft und erledigt das Bureau jeden einzelnen Abwesenheitsfall. — Gegen die unentschuldigt Abwesenden oder zu spät Erschienenen, sowie gegen diejenigen, welche ohne Erlaubniss des Präsidenten die Versammlung verlassen und dadurch einen zweiten Namensanfruf nöthig gemacht haben, ist die angedrohte Busse auszusprechen. Stimmberechtigte, welche das 65. Altersjahr zurückgelegt haben, sind als entschuldigt zu betrachten. — *§ 68.* Das Verzeichniss der Gebüssten ist dem betreffenden Gemeinderath beförderlichst zuzustellen und es hat Letzterer den Bezug der Bussen zu Handen der Polizeikasse anzuordnen.“

Thurgau. 1. *Gesetz betreffend die Wahl und Entlassung von Beamten und das Verfahren bei Volksabstimmungen,* vom 3. April 1870:

„*§ 29.* Die Orts- und Bürgergemeinden sind befugt, für diejenigen, welche unentschuldigt ausbleiben oder ohne Präsidialbewilligung vor Beendigung der Geschäfte sich entfernen, eine Busse zu bestimmen. — Bei den Kreis- und Munizipalversammlungen haben die unentschuldigt Ausbleibenden und resp. die zu früh sich Entfernenden eine Busse von 1 Fr. zu entrichten. — Ueber die Absenzbussen bei den Orts- und Bürgergemeinden verfügen diese letztern. Sämmtliche übrigen Absenzbussen sind von den Ortsvorstehern zu erheben und an die Munizipalgemeindekasse derjenigen Munizipalgemeinde abzugeben, welcher der Fehlbare angehört. — *§ 30.* Als gültige Entschuldigungsgründe sind zu betrachten: 1) das zurückgelegte 60. Altersjahr; 2) eigene Krankheit und Gebrechlichkeit, oder die Krankheit naher Anverwandten und Hausgenossen; 3) mehrtägige Abwesenheit von Hause. — Ueberdem dürfen Pfarrgeistliche und Kirchenbedienstete, welche während solcher Verhandlungen kirchliche Funktionen, namentlich Jugendgottesdienste zu besorgen haben, — desgleichen auch Ortswächter, Flur- und Waldhüter, welche inmittelst Diensttouren zu machen haben, nicht als bussfällig bestraft werden. — Ueber die

Triftigkeit der vorgebrachten Entschuldigungsgründe entscheidet der betreffende Gemeindevorstand und auf erhobene Beschwerde endgültig der Bezirksrath."

2. *Gesetz betreffend die Organisation der Gemeinden und der Gemeindebehörden etc.*, vom 8. November 1874, § 52:

„Behufs Erzweckung des erforderlichen Besuches der Gemeindeversammlungen soll der Stimmberechtigte zu denselben bei einer Busse von ½ bis 1 Fr. geboten werden. Gültige Entschuldigungsgründe sind namentlich: *a)* dringende amtliche Geschäfte; *b)* Militärdienst und Landesabwesenheit; *c)* eigene Krankheit oder gefährliche Leiden naher Angehöriger (Ehefrau, Kinder, Eltern oder Geschwister); *d)* tiefe Trauer vom Todestage an bis zur Beerdigung eines nahen Anverwandten; *e)* das zurückgelegte 60. Altersjahr. — Allfällige Anstände hierüber und über die Erheblichkeit weiterer Entschuldigungsgründe werden zunächst durch die betreffenden Gemeindebehörden und auf dem Rekurswege endgültig durch den Bezirksrath entschieden."

Tessin. *Legge organica comunale,* vom 13. Juni 1854, Art. 17:

„Ogni cittadino inscritto nel catalogo civico è in obbligo di intervenire all'Assemblea comunale. — §. Riuscita inutile per difetto di numero la convocazione dell'Assemblea, la Municipalità può, convocandone una seconda, unirvi la comminatoria di una multa per i mancanti. — La multa non può essere maggiore di tre franchi." [1])

Neuenburg. 1. *Loi sur les communes,* vom 5. März 1888, Art. 39:

„Les Conseils et Commissions de la commune ne peuvent prendre de décisions valables que si les membres présents forment la majorité absolue du nombre total des membres effectifs. — Toutefois, si une première convocation ne réunit pas cette majorité, les membres présents pourront décider une nouvelle convocation *par devoir;* les décisions prises par l'assemblée ainsi convoquée seront valables, quel que soit le nombre des membres présents."

2. *Loi sur les élections et sur les votations,* vom 22. November 1894, Art. 5:

„Le vote est obligatoire pour chaque électeur."

III. Darstellung.

1. Rechtliche Stellung.

Der Stimmzwang bildet eine Seite des Stimmrechtes und dieses hinwieder einen Teil, und zwar den Hauptteil, der politischen Rechte des Volkes.

[1]) Laut Mitteilung der Staatskanzlei ist in der abgelaufenen Session des Grossen Rates eine Motion gestellt worden auf Einführung des Stimmzwanges überhaupt.

Die politischen Rechte bestehen in der Schweiz in Wahlrecht, Referendum und Initiative. Das Stimmrecht umfasst die beiden erstern, als Recht der Stimmabgabe des Bürgers bei Wahlen oder über Gesetzes-, resp. Verfassungsvorlagen, während die Initiative das Verlangen enthält nach Erlass, Abänderung oder Aufhebung von Gesetzen, bezw. Verfassungen. Berechtigt zu solchem Verlangen ist, wo überhaupt, allerdings nur, wer stimmberechtigt.

Beim Stimmrecht an sich kommt in Frage einerseits die Berechtigung und anderseits die Ausübung. Nach der letztern Seite nun liegt der Stimmzwang, als Zwang zur Ausübung des Rechtes.

Wie sich für die Ausübung des Rechtes überhaupt verschiedene Richtungen unterscheiden lassen, so auch für den Zwang speciell. Er kann sich beziehen: auf *Wahlen* und (sachliche) *Abstimmungen* — auf *eidgenössische, kantonale* und *Gemeinde*angelegenheiten (Wahlen oder Abstimmungen) — auf Wahl- oder Abstimmungsverhandlungen nach dem *Versammlungs-* und nach dem *Urnen*system. Beim Versammlungssystem enthält der Stimmzwang einen Präsenzzwang.

2. Kompetenz zum Erlass von Vorschriften betreffend den Stimmzwang.

Der *Bund* hat betreffend das Stimmrecht im allgemeinen, in kantonalen und bezw. Gemeindeangelegenheiten, wie in eidgenössischen, nicht nur gewisse Grundsätze aufgestellt (Art. 43 der Bundesverfassung), sondern auch eine weitere Legislation sich vorbehalten, bezw. übernommen (Art. 47, 66 und 74). Aber wie jene Grundsätze (ausser der Bestimmung des *Ortes* der Ausübung), so betreffen auch diese Vorbehalte nur die Berechtigung. Es hatten denn die beiden in Ausführung der genannten Artikel nacheinander erlassenen Bundesgesetze vom 24. Dezember 1874 (Bundesblatt 1875, I, 8) und vom 28. März 1877 (Bundesblatt 1877, II, 894), die aber in der gegen sie angerufenen Volksabstimmung eins ums andere verworfen wurden, weitere Bestimmungen betreffend die Ausübung des Stimmrechtes, speciell betreffend den Stimmzwang *nicht* enthalten.

Auch betreffend das Stimmrecht in eidgenössischen Angelegenheiten, die er doch als seine eigene Sache ohne anders zu ordnen kompetent ist, hat der Bund vorgezogen, vielfach noch auf die kantonale Gesetzgebung abzustellen. Das Bundesgesetz betreffend die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872 (betreffend nämlich die Wahlen in den schweizerischen Nationalrat, die

Wahlen der eidgenössischen Geschworenen und die Abstimmung über die Revision der Bundes*verfassung*), auf welches das Bundesgesetz betreffend Volksabstimmung über Bundes*gesetze* und Bundes*beschlüsse* vom 17. Juni 1874 in Art. 11 des weitern verweist, bestimmt in Art. 1, diese Wahlen und Abstimmungen finden nach den Vorschriften der *kantonalen* Gesetze statt, unter Vorbehalt der übrigen Bestimmungen des Bundesgesetzes selbst. Dieses Bundesgesetz enthält aber keine Vorschriften über den Stimmzwang (vergleiche auch Salis, II, Nr. 780 a).

Es steht also bei den *Kantonen,* den Stimmzwang zu statuieren, und zwar nicht nur in ihren eigenen, kantonalen und Gemeindeangelegenheiten, sondern auch in Sachen des Bundes, und indem sie es zum Teil gethan haben, zum Teil nicht, ist selbst in den gemeinsamen schweizerischen Angelegenheiten das Stimmrecht im Punkte des Stimmzwangs, wie noch in andern, nach den Kantonen verschieden.

Die Kantone ihrerseits, welche einen Stimmzwang überhaupt vorsehen, haben die Kompetenz zu dessen Einführung auch wohl den *Gemeinden* übertragen. Hier also und insoweit ist der Stimmzwang gemeindeweise fakultativ. So in den Kantonen Zürich, Baselland, Schaffhausen, Tessin und Neuenburg. Aber in verschiedenem Umfange.

Einerseits giebt es in den Kantonen Zürich, Schaffhausen und Neuenburg neben dem gemeindeweise fakultativen Stimmzwange noch und vor allem einen Stimmzwang von Kantons wegen, während in den beiden andern Kantonen der Stimmzwang nur gemeindeweise fakultativ ist.

Anderseits ist die bezügliche Fakultät der Gemeinden selbst von sehr ungleichem Bereich.

In Schaffhausen und Zürich ist sie ihnen nicht einmal für die Gemeindeangelegenheiten ganz belassen. In Schaffhausen ist der Stimmzwang auch für wichtigere, näher bestimmte Gemeindeangelegenheiten (Wahlen und Abstimmungen) noch gesetzlich vorgeschrieben, und nur in andern haben die Gemeinden freie Hand. Im Kanton Zürich ist die Sache so: der Stimmzwang ist nur für *Abstimmungen* in Gemeindeangelegenheiten unbedingt frei, für Gemeinde*wahlen* dagegen nur insofern, als für sie nicht die Urne eingeführt ist, andernfalls er ohne weiteres obligatorisch wird, und in der *Stadt* Zürich hört alle Fakultät der Gemeinde auf, indem hier das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten überhaupt nur durch

die Urne ausgeübt wird (Gesetz betreffend die Zuteilung der Gemeinden Aussersihl etc. an die Stadt Zürich, vom 9. August 1891, § 14).

Die Gemeinden in Tessin und Neuenburg haben das bezügliche Recht für alle Gemeindeangelegenheiten, aber nur für diese.

In Baselland geht dieses Recht der Gemeinden sogar über die Gemeindeangelegenheiten hinaus. Indem auch andere Wahlen als Gemeindewahlen und auch die Volksabstimmungen gemeindeweise stattfinden, und auch mit Bezug auf alle diese der Gemeinderat hier einfach befugt erklärt wird, bei Busse bieten zu lassen, gestalten sich auch die kantonalen und sogar die eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen in diesem Kanton insofern nach Gemeinden verschieden!

In Thurgau scheint es einen gemeindeweise fakultativen Stimmzwang nicht mehr zu geben, sondern nur noch den obligatorischen, nachdem auf das erstcitierte Gesetz, wonach wenigstens den Orts- und Bürgergemeinden eine bezügliche Befugnis gelassen war, das zweite mit der Bestimmung gefolgt ist, es solle zu den Gemeindeversammlungen schlechthin bei Busse geboten werden.

So viel betreffend die ausdrückliche gesetzliche Übertragung der Kompetenz zur Einführung des Stimmzwanges an die Gemeinden.

Wo und soweit sie ihnen nicht förmlich übertragen ist, ohne ihnen anderseits ausdrücklich benommen zu sein, erscheint sie ihnen nichtsdestoweniger überlassen — allerdings für andere als Gemeindeangelegenheiten keinenfalls, und immerhin unvorgreiflich dem Aufsichts- und bezw. Genehmigungsrechte der staatlichen Behörden.

Ob kraft gesetzlicher Übertragung oder sonst ergangen, lassen sich die lokalen Vorschriften über den Stimmzwang aber hier nicht verfolgen; es kommen auch im weitern nur die kantonalen in Betracht.

3. Gegenstand, d. h. die Frage, worauf bezieht sich der gesetzliche Stimmzwang?

In Bezug auf den fakultativen Stimmzwang haben wir mit der Frage der Kompetenz der Gemeinden auch den Umfang dieser Kompetenz besprochen; es handelt sich also nur noch um den obligatorischen Stimmzwang, d. h. denjenigen, der von Kantons wegen verbindlich eingeführt ist.

Der Gegenstand desselben ist nicht nur an sich in den verschiedenen Kantonen verschieden, sondern wird auch nach verschie-

denen Gesichtspunkten bestimmt. In einem Kanton kommt es auf eine gewisse Wahl an (Neuenburg: Grossratswahl), in andern darauf, ob Versammlungs- oder Urnensystem; es wird aber auch direkt zwischen eidgenössischen, kantonalen und Gemeindeangelegenheiten unterschieden, und auf diese, als die bedeutsamste Unterscheidung, werden auch die übrigen im folgenden füglich zurückgeführt.

Die Landsgemeindekantone (Uri, Obwalden, Glarus, beide Appenzell) haben das Gemeinsame, dass sie nur für Versammlungen, Landsgemeinde- oder auch Gemeindeversammlungen, den Stimmzwang, bezw. hier den Präsenzzwang, vorschreiben. Damit sind jedenfalls die *eidgenössischen* Angelegenheiten davon ausgenommen, indem bei diesen im Sinne der citierten Bundesgesetze die Stimmabgabe durch die Urne stattfindet; nur die eidgenössischen Geschworenen können auch im andern Wege gewählt werden. Indem sodann in Obwalden und Glarus der Stimmzwang auf die Landsgemeinde beschränkt ist, entgehen ihm hier auch diejenigen *kantonalen* Wahlen, welche in den Gemeindeversammlungen vorgenommen werden; die kantonalen Abstimmungen dagegen fallen alle an die Landsgemeinde. Solche kantonale Wahlen sind in Obwalden und Glarus gleicherweise die Wahl des Landrates, d. h. der gesetzgebenden Behörde. Obwalden bestimmt auch ausdrücklich, dass die Wahl der eidgenössischen Geschworenen durch die Einwohnergemeinde mittelst offenen Handmehrs erfolge (Verordnung betreffend eidgenössische Wahlen und Abstimmungen, vom 1. Oktober 1881, Art. 14).

Bern und Solothurn schreiben den Stimmzwang direkt für *eidgenössische und kantonale* Angelegenheiten vor.

Luzern umgekehrt kennt den Stimmzwang nur für Gemeindeversammlungen mit Bezug auf *Gemeindeangelegenheiten.* Dazu ist auch Thurgau zu rechnen, mit der Erweiterung, dass zu den Versammlungen, zu welchen bei Busse geboten werden soll, noch die Kreisversammlungen (für die Wahl der Friedensrichter) gehören, während sämtliche Bezirks- und Kantonalwahlen, sowie die Volksabstimmungen, durch die Urne erfolgen.

Zürich und Schaffhausen erstrecken den Stimmzwang auf *kantonale und bezw. eidgenössische Angelegenheiten* einerseits und *Gemeindeangelegenheiten* anderseits, aber in verschiedener Weise. Indem im Kanton Zürich die Beteiligung bei allen Wahlen und Abstimmungen, bei welchen die Urne zur Verwendung kommt, als obligatorisch erklärt ist, stehen unter Stimmzwang alle eidgenössi-

schen und kantonalen Angelegenheiten, die Gemeindeangelegenheiten der Stadt Zürich und die Gemeinde- und bezw. Geschwornenwahlen in denjenigen andern Gemeinden, in welchen dafür von der Gemeinde die Urne eingeführt ist. In Schaffhausen betrifft der Stimmzwang nur kantonale und Gemeindeangelegenheiten, und zwar von den kantonalen die Volksabstimmungen und die Grossratswahlen, und von den Gemeindeangelegenheiten bestimmte wichtigere, aber Abstimmungen wie Wahlen.

In St. Gallen und Aargau ist verfassungsgemäss die Teilnahme an *allen Wahlen und Abstimmungen schlechthin* verbindlich. Aber indem die Gesetzgebung hinter der Verfassung zurückliegt, erscheint deren Forderung nicht in vollem Umfange gesetzlich gedeckt.

4. Mittel.

Es frägt sich, worin der Zwang bestehe.

In dieser Beziehung kommt auch der den Gemeinden überlassene Stimmzwang in Betracht. Wo die Kompetenz zu dessen Einführung den Gemeinden ausdrücklich übertragen ist, so nicht ohne Bestimmung der näheren Bedingungen, worunter vor allem die Art des Zwanges. Tessin und Waadt gestatten auch eine zwangsweise Bietung zu Gemeindeversammlungen erst, wenn mangels Teilnahme eine zweite nötig wird.

Das Mittel ist entweder bloss deklaratorisch, um nicht zu sagen deklamatorisch, d. h. es wird das Recht der Stimmabgabe einfach zugleich als Pflicht erklärt, ohne aber an deren Nichterfüllung eine Folge zu knüpfen. Oder es ist koercitiv, insofern als die Unterlassung mit einem Nachteil verbunden wird.

Das erstere findet sich in Bern, Luzern, Uri, Obwalden, Glarus und Neuenburg. Es wird die Ausübung des Stimmrechtes, bezw. die Teilnahme an Versammlungen als „Bürgerpflicht“, bezw. „obligatoire“, oder der Bürger zur Teilnahme als „verpflichtet“ erklärt, oder es soll zur Versammlung „par devoir“ aufgeboten werden. Während aber in den andern der genannten Kantone eine Folgebestimmung einfach fehlt, schliesst Bern ausdrücklich das Recht des Zwanges aus, der früher in einer Busse bestanden hatte (vergleiche Gesetz betreffend die Abstimmungen über Verfassungsrevisionen und Gesamterneuerungen des Grossen Rates, vom 26. Mai 1851, §§ 13 ff., und Gesetz über die öffentlichen Wahlen, vom 7. Oktober 1851, § 15).

Nicht anders als unter bestimmter Folge setzen den Stimmzwang fest Zürich, Baselland, Schaffhausen, Inner-Rhoden, St. Gallen, Aargau, Thurgau und Tessin.

In Ausser-Rhoden kommen beide Arten nebeneinander vor. Die Verfassung statuiert, wie diejenige von Inner-Rhoden, begreiflich nur die Pflicht der Teilnahme, für die Landsgemeinde wie für die Gemeindeversammlungen. Während dann aber in der Vollziehung Inner-Rhoden betreffend Gemeindeversammlungen („Bezirks“-Versammluugen genannt) nicht weniger als betreffend die Landsgemeinde eine Busse festgesetzt hat, thut dies Ausser-Rhoden nur mit Bezug auf die Landsgemeinde. Seine Gesetzgebung hinkt also, und um so auffälliger: für Gemeindeversammlungen gar keine Busse und für die Landsgemeinde fixe 10 Franken!

Wo die Unterlassung der Stimmpflicht mit einem Nachteil nicht bedroht ist, kann von eigentlichem Stimmzwang nicht die Rede sein, wenn schon im vorigen auch die blosse Deklaration der Pflicht als Zwang gerechnet ist.

Nun der Nachteil, wo ein solcher festgesetzt ist.

Er ist verschieden nicht nur nach der Grösse, sondern schon der Art nach.

Überall handelt es sich zwar nur um eine Geldfolge, aber welcher Art?

Zürich statuiert sie für Wahlen und Abstimmungen, die durch die Urne stattfinden, als blosse *Gebühr,* als Entgelt für die amtliche Abholung des nicht zurückgegebenen Stimmrechtsausweises, so dass also nicht die Nichtstimmabgabe an sich, sondern nur die Nichtzurückgabe des Ausweises getroffen wird, wie denn diese Rückgabe auch nach der Verhandlung noch stattfinden kann, ohne einer Folge ausgesetzt zu sein. Daneben aber besteht in Zürich noch die Bestimmung, dass wenigstens zu Gemeindeversammlungen bei Ordnungsbusse geboten werden kann, also bei Geldfolge von der Natur einer *Strafe.*

Ausschliesslich dieser Art ist die Folge in den andern Kantonen mit Stimmzwang unter Bedrohung.

Was aber ist diese Strafe, Geldstrafe, näher?

Zürich spricht, wo überhaupt von Busse, speciell von *Ordnungsbusse.* Baselland nennt es, was die Gemeinden sollen verhängen können, im einen Gesetz auch so, im andern schlechthin Busse. In den andern Kantonen ist nur von „Busse“ und „büssen“ die Rede. Auch bei diesem allgemeinen Ausdruck ist an eine kriminelle Geld-

strafe keinenfalls zu denken, schon mit Rücksicht auf die zur Verhängung kompetenten Behörden; es sind die Wahlbureaux, Gemeinderäte etc., alles Verwaltungsbehörden. Aber sollte damit eine *Polizeibusse* gemeint sein, die gemeiniglich die Eigenschaft hat, im Falle der Nichtzahlung in Haftstrafe umgewandelt werden zu können? Es fehlte dann nur, dass der Stimmberechtigte nicht schon zur Stimmabgabe selbst polizeilich geholt würde! Etwas Ähnliches geschieht übrigens an gewissen Landsgemeinden mit denjenigen Stimmberechtigten wenigstens, die sich im Banne des Landsgemeindeortes befinden: es werden die Wirtschaften darauf abgesucht, ob dem obligatorischen Besuch der Landsgemeinde Nachachtung geschehe!

Ausser-Rhoden hat auch seine „Bestimmung betreffend Besuch der Landsgemeinde“ ausdrücklich als Ergänzung zum Strafgesetzbuch und bezw. die bezügliche Übertretung als Polizeiübertretung deklariert!

Sonst, wo überhaupt Busse, ist es nur Ordnungsbusse. Vom Rechte der Strafumwandlung ist schon nirgends die Rede. Sodann widerspricht es dem Wesen der bezüglichen Zuwiderhandlung, sie als Polizeiübertretung zu qualifizieren. Es sind offenbar nicht Polizeiordnungen, in welchen der Stimmzwang festgesetzt wird, sondern organisatorische Gesetze mit Bezug auf die Rechte des Volkes. Mögen diese Rechte auch als Pflicht und mit Bedrohung von deren Nichtausübung statuiert werden, so handelt es sich immerhin um ein positives Recht und nicht bloss um eine negative Schranke, welche der Bürger in seinem Handel und Wandel nicht überschreiten soll. Es erscheint, den Stimmzwang auch dem Wesen nach festzustellen, nicht überflüssig, in Hinsicht auf die Kompetenz der Gemeinden, ihn für Gemeindeangelegenheiten, auch soweit sie nicht förmlich übertragen ist, einzuführen; Gemeindestatute mit Stimmzwang unter Polizeibusse schienen zurückgewiesen werden zu müssen.

Was die Höhe der Geldfolge, ob Gebühr oder Busse, betrifft, so bewegen sich die Ansätze zwischen 50 Cts. und 10 Fr. Das gewöhnliche Mass geht nicht über 4 Fr., namentlich nicht, wo die bezügliche Kompetenz den Gemeinden übertagen ist, und es wird daher um so mehr die autonome Gemeindekompotenz sich in bescheidenen Grenzen zu halten haben. Der Ansatz von 10 Fr. gilt nur für Angelegenheiten des ganzen Volkes und ist ganz singulär.

Überall sind auch, wo es sich nicht um eine Gebühr, sondern um eine Busse handelt, Entschuldigungsgründe zugelassen. Das Recht der Exkulpation erscheint natürlich um so unerheblicher, je ge-

ringer der Bussenansatz, und jedenfalls stellt sich in Anführung der Gründe die Bezugnahme auf eine Reihe von Verwandtschaftsgraden, als ständen ganze Erbschaften auf dem Spiel, als zu unverhältnismässig dar.

5. Wirkung.

Welche Wirkung das Mittel des Stimmzwanges habe, liegt ausser dem Rahmen einer rechtlichen Darstellung. Darüber auch nur noch wenige Worte.

Von einer Pflichtvorschrift ohne Folgebestimmung ist wohl nicht viel zu erwarten. Wo die gesetzliche Pflicht ideal, ist die Hoffnung auf ihre Wirkung illusorisch. Ideal und Illusion liegen hier wie sonst nebeneinander.

Hingegen ist nichts anderes anzunehmen, als dass ein Stimmzwang mit reeller Folge die Stimmbeteiligung steigere, was auch durch die Statistik bestätigt wird. Immerhin muss die Wirkung etwas daneben gehen, wo, wie in Zürich mit der Gebühr, nicht die Nichtstimmabgabe selber getroffen wird, wenn schon auch hier der Erfolg nicht ganz ausgeblieben ist: wer den Stimmausweis nicht zurückbehalten darf, ohne besteuert zu werden, wird geneigt sein, ihn bei der Verhandlung selbst zurückzugeben und dabei dann auch zu stimmen.

Eine andere Frage ist, ob sich durch den Stimmzwang nicht einfach die Zahl der leeren Stimmen vermehre, also in gleichem Masse mit der Stimmbeteiligung, so dass was darum mehr eingelegt würde, einfach leere Stimmen wären — mit andern Worten: man nötigt den, der aus sich nicht stimmen würde, zu stimmen, dafür legt er leer ein. Beim Stimmzwang als Präsenzzwang kann sich die Frage nicht wohl erheben. Wenn jenes der Fall wäre, schiene der Stimmzwang sachlich allerdings wertlos. Gewiss werden mit vermehrter Stimmbeteiligung auch die leeren Stimmen zunehmen, absolut genommen; wie mit der Bevölkerungsdichtigkeit die Zahl der Armen und Kranken. Aber es ist mehr als wahrscheinlich, dass von denjenigen, welche sonst nicht gestimmt hätten, ein und vielleicht der grössere Teil, wenn doch einmal gestimmt werden muss, wirkliche Stimmen abgeben, und nach der citierten Schrift Stüssis spricht auch die Erfahrung dafür; au der Statistik fehlt es in dieser Beziehung freilich noch sehr.

S. e. e. o.!

9. Dezember 1896.

Die Bahrprobe in Aarau im Jahre 1648.

Von

Dr. jur. *Walther Merz.*

Die Bahrprobe ist eines der merkwürdigsten Gottesurteile, das wie kein zweites im Volksbewusstsein so tiefe Wurzeln geschlagen hatte, auch wohl noch von der Kirche begünstigt wurde, dass es alle andern überdauerte.

Wenn der Thäter eines Mordes oder Totschlags nicht ermittelt werden konnte, mussten die Verdächtigen an die Bahre treten und den Leichnam berühren; bei der Annäherung des Schuldigen, glaubte man, fange er an zu bluten. Eine Reihe von Fällen ist überliefert, wo ein Bluten der Leiche wirklich eintrat; am bekanntesten ist wohl die Bahrprobe in den Nibelungen, wo beim Nahen Hagens die Wunden Siegfrieds aufbrachen. Auch für die Schweiz sind solche Fälle bezeugt. [1]) Häufiger aber blieb das Wunder aus, was zur Folge hatte, dass der Verdächtige als unschuldig angesehen wurde. Jakob Bächtold hat in der in der Note genannten Abhandlung die bekannten Fälle aus der Schweiz zusammengestellt, der jüngste derselben stammt aus dem Jahre 1589; seit der Reformation, behauptet Bächtold, sei die Bahrprobe ausschliesslich an katholischen Orten angewandt worden. Es ist daher nicht ohne Interesse, eine

---

[1]) Vgl. Grimm, Rechtsaltertümer, 930 f.; Osenbrüggen, Studien z. deutschen und schweizerischen Rechtsgeschichte, 327 ff., oder Rechtsaltertümer aus der Schweiz in der Monatsschrift des wissenschaftlichen Vereins in Zürich, III, 382 ff.; Blumer, Staats- und Rechtsgeschichte der schweizerischen Demokratien, I, 537 f.; Segesser, Rechtsgeschichte von Luzern, II, 701 f.; Bächtold, Über die Anwendung der Bahrprobe in der Schweiz, in der Festschrift für Konrad Hoffmann, Romanische Forschungen, V, 221 ff.

Anwendung dieses Ordals aus dem Jahre 1648 aus *reformiertem* Gebiete kennen zu lernen, um so mehr, als die gnädigen Herren zu Bern das Vorgehen ausdrücklich gutgeheissen haben.

Im Ratsmanual 45 der Stadt Aarau wird nämlich folgendes erzählt:

Am 10./20. Jänner 1648, nachmittags 3 Uhr, wird dem Kleinen Rat zu Aarau mitgeteilt, des Meister Hansen Knecht sei gestorben, indem ihm eine Frau mit den Händen über das Gesicht gefahren sei. Der Grossweibel berichtet, er habe den „Spectackel“ selbst gesehen, der Jos — so hiess der Knecht — sei „gantz geschwullen gewesen, die Ougen vor dem Kopff vßen, aber nüt mehr gereth“. Meister Hans habe ihm erzählt, Jos hätte ihm mitgeteilt, er sei vor acht Tagen an einem Wurstmahl gewesen in Hans Růfflins Haus, da sei ihm eine Frau über das Gesicht gefahren.

Meister Hans Berchtold bestätigt dies und nennt als jene Frau die Hammerelse. [1]) Weitere Zeugen erklären übereinstimmend, Jos(eph) habe ein geschwollenes Gesicht und blaue Augen gehabt und zu ihnen gesagt, die Hammerelse habe ihm das angethan. Barbeli Franck fügt bei, „er heyge zuo iren geseyt, sy solle in der Els im Hamer Garten gan vnd ein Hampfflen Betterlin [2]) holen; da fragte sy, waß er darmit thun welle; da seyte er, sein Meistere müeß im ein Supen machen, dan die Hammerels ime daß angethan“.

Das Kundschaftsverhör wird am 11./21. Jänner vor dem beim Eid gebotenen Kleinen Rat fortgesetzt, ergiebt aber keine neuen Momente, als dass Jos trunken gewesen sei, als er zum Wurstmahl kam, dann weiter getrunken, auch ein wenig geschlafen habe. Es wird beschlossen, die Hammerelse zu beschicken und ihr vorzuhalten, was die Kundschaft ergeben: dass sie an Josens Tode schuld sei.

Die Hammerelse leugnet und erbietet sich, „sy welle die Hand vff den Knaben legen vndt Gott vmb ein Zeychen betten, wan sy desen Knaben Vrsach deß Thodts sye“.

Der Rat beschliesst: „wylen man vnser gnedig Hrn: an der Handt hat, sölchen Casum niemalen alhie zuo getragen, so sye die Sach ingestelt, vnser gnedig Hrn: deßen Raths zeerholen besuchen

[1]) Der Hammer ist einer der geringeren Stadtteile von Aarau, ausserhalb der eigentlichen Stadt.

[2]) Eine Handvoll Petersilie.

söllen, die Frauw an die Isen gelegt werden, den Knab vnbegraben verblyben."

Der Schultheiss wurde nach Bern abgeordnet; er berichtet über den Erfolg seiner Anfrage vor dem beim Eid gebotenen Rat und den Dreissigen,[1] „daß vnser gnedig Herren beuolen, ein Examen anstellen, ob sy in einem bösen Lümbden sye; dene auch, daß sy sich selbsten anerbotten, daß sy den verstorbnen Knaben anrüren welle vnd by Gott bezügen, daß er welle ein Zeychen thůn, wan sy an seinem Thod ein Vrsach sye". Es wird daher erkannt, die Nachbarn zu beschicken und Information aufzunehmen.

Die Nachbarn geben der Else „ein gut Lob, wüßen nüzit vff sy dan als eheren, liebs vnd guts", nur wenige erzählen unverbürgte Gerüchte. Die Else wird nochmals vorgestellt und verbleibt bei ihrer Aussage, darauf „ist ein Rathschluss gefallen, daß sy ire Hand vff den thoten Körpel legen vnd Gott zum Zügen anrüeffen, wan sy schuldig an irem[2]) Thod syen, ein Zeychen geben welle".

„Die vorgemelte Els im Hamer hatt den Knaben angerüert vnd gebetten: „„o Gott Herr Jesus, bin ich schuldig an deß Knaben Thod, so gib ein Zeychen"", vnd daß zum driten Mahlen gebetten. Hieruff der Knab keyn Zeychen geben, sölle hiemit zuo der Endvrtheyl geschritten werden, war hiemit erkhendt worden, daß dise Frauw, wylen iren Nachparen gůte Zügnuß geben, widerumb vff freyen Fůß gestelt vnd heymb gewisen, auch disere Band, darinnen sy gsyn, in keynen weg nüzit schaden."

---

[1]) Das Datum 11./21. Jänner 1648 im Ratsmanual ist offenbar verschrieben; die Reise nach Bern wird 2 Tage gedauert haben, so dass am 14./24. Jänner wird Bericht erstattet worden sein.

[2]) Sic!

Schweizerisches Strafrecht.

(Mitgeteilt vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement.)

Eine vor kurzem von Dr. Placid Meyer von Schauensee, Oberrichter in Luzern und Mitglied der Expertenkommission für ein schweizerisches Strafgesetz, herausgegebene Streitschrift, betitelt: „Zur Geschichte und Kritik des Stoossschen Entwurfes für ein schweizerisches Strafgesetz", enthält über die Entstehung des Vorentwurfes zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, sowie über die Zusammensetzung und die Verhandlungen der vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement zu dessen Begutachtung einberufenen Expertenkommission, eine Reihe von Angaben, die den Thatsachen nicht entsprechen. Es werden darin u. a. folgende Behauptungen aufgestellt:

der vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement im März 1896 veröffentlichte und ausdrücklich als Kommissionalentwurf bezeichnete Vorentwurf könne auf diese Bezeichnung nicht Anspruch machen, er sei vielmehr eine rein individuelle Arbeit des Herrn Stooss;

es sei die Absicht des Bundesrates Ruchonnet gewesen, die Expertenkommission über ein von ihm entworfenes Schema prinzipieller Fragen beraten und erst auf Grund dieser Beratungen einen Strafgesetzentwurf ausarbeiten zu lassen, Herr Stooss habe dann aber, als Herr Ruchonnet vor Eröffnung der ersten Session der Expertenkommission mit Tod abgegangen war, sofort einen fertigen Vorentwurf verfasst und auf Grund dieser Stoossschen Arbeit und nicht des Fragenschemas haben die Verhandlungen der Expertenkommission stattgefunden;

die Zusammensetzung der Expertenkommission sei offenbar in der Weise vorgenommen worden, dass Herr Stooss glauben konnte, in derselben keinerlei ernstliche Opposition riskieren zu müssen, das wissenschaftlich-technische Element sei spärlich vertreten gewesen und mehrere hervorragende Fachmänner seien unbegreiflicherweise übergangen worden;

gegenüber dem Stoossschen Entwurfe seien systematisch abweichende Anträge, gemäss einem von der Kommission selbst auf Antrag des Bundesrichters Cornaz im September 1894 gefassten Beschlusse, infolge der schroff abweisenden Haltung des Redaktors, gar nicht in Betracht gezogen worden.

Das eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement, welches im Auftrage des Bundesrates dem Herrn Stooss das Mandat zu den Vorarbeiten für die Anbahnung der Strafrechtseinheit zu erteilen und mit ihm, in Ansehung dieser Arbeiten, amtlich zu verkehren hatte, welchem auch die Bestellung und Einberufung der Expertenkommission und die Leitung ihrer Verhandlungen oblag, sieht sich diesen der Öffentlichkeit übergebenen Behauptungen eines Kommissionsmitgliedes gegenüber verpflichtet, festzustellen was folgt:

1. Herr Professor Karl Stooss hat vom Departement (Bundesrat Ruchonnet) am 1. Februar 1889 den Auftrag erhalten, nach Vollendung wissenschaftlicher Vorarbeiten einen Entwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuche, samt Motiven, auszuarbeiten.

2. Das Departement (Bundesrat Ruchonnet) hat die Expertenkommission, nach Anhörung der Vorschläge des Herrn Stooss, jedoch in durchaus selbständiger Weise, aus Vertretern der Wissenschaft (Professoren des Strafrechts an den schweizerischen Hochschulen) und der Praxis (Bundesrichtern, kantonalen Oberrichtern und Strafrichtern, eidgenössischen und kantonalen Justizbeamten, Strafanstaltsdirektoren) zusammengesetzt.

3. Am 28. Februar 1893 richtete das Departement (Bundesrat Ruchonnet) an die von ihm für die Kommission in Aussicht genommenen Persönlichkeiten ein Schreiben, worin es mitteilte, dass es, in Übereinstimmung mit Professor Stooss, für zweckmässig erachtet habe, eine Reihe prinzipieller Fragen, deren Lösung der Abfassung eines Gesetzentwurfes vorausgehen sollte, der Begutachtung schweizerischer Kriminalisten zu unterstellen. Diese Fragen wurden dem Schreiben beigelegt und eine Kommissionssitzung im April in Aussicht gestellt.

Durch Schreiben vom 16. März wurden die Experten zu einer Kommissionsverhandlung über das ihnen mitgeteilte Fragenschema auf den 24. April eingeladen, durch Schreiben vom 13. April jedoch diese Verhandlung wegen Erkrankung des Herrn Ruchonnet verschoben.

Am 15. August berief das Departement (Bundesrat Ruchonnet) die Kommission auf den 18. September 1893 ein. In dem Einberufungsschreiben wurde mitgeteilt, dass Professor Stooss inzwischen Zeit gefunden habe, den Allgemeinen Teil eines Vorentwurfes zu verfassen, und

an die Kommissionsmitglieder das Ersuchen gerichtet, diese Arbeit, die ihnen demnächst in deutscher und französischer Fassung zugehen werde, genau zu prüfen, damit sie eventuell zur Grundlage der Beratungen genommen werden könne.

Herr Bundesrat Ruchonnet starb am 14. September und wurde am 18. September 1893, an dem Tage, auf welchen er die Kommission nach Bern einberufen hatte, in Lausanne beerdigt.

Die Kommission trat tags darauf, am 19. September, zusammen, wurde mit einer Ansprache des ausserordentlichen Stellvertreters des Departementschefs, Bundesrat Lachenal — in Ersetzung des in Urlaub abwesenden ordentlichen Stellvertreters Bundesrat Zemp — eröffnet und begann dann unter dem Vorsitz des Bundesrichters Dr. Morel ihre Verhandlungen mit der Erledigung der Frage, ob der Beratung das Fragenschema oder der von Professor Stooss ausgearbeitete Vorentwurf zu Grunde gelegt werden solle. Nach den von Dr. Leo Weber, Chef der Abteilung für Gesetzgebung im eidgenössischen Justizdepartement, erteilten Aufschlüssen, wonach es die Ansicht des Bundesrates Ruchonnet selbst war, dass nunmehr an der Hand des Vorentwurfes vorgegangen und dabei die prinzipiellen Fragen, da wo sie sich sachgemäss bieten, erörtert werden sollten, und nach den dieser Anschauungsweise beistimmenden Voten von Stooss, Morel und Cornaz wurde auf den Antrag des Vorsitzenden mit Einstimmigkeit beschlossen, es sei der Vorentwurf den Beratungen zu Grunde zu legen.

4. Von einem Antrage des Bundesrichters Cornaz, dahingehend, es dürfen in der Kommission nur Anträge eingebracht werden, die in das System des Entwurfes passen, wogegen selbstverständlich die Mitglieder frei seien, den Entwurf als solchen anzunehmen oder zu verwerfen, und von einem in diesem Sinne gefassten Beschlusse der Kommission ist dem Departemente nichts bekannt. Die Veränderungen, die der Stoosssche Entwurf in den Kommissionsverhandlungen erfahren hat, beweisen übrigens, dass ein solches Verfahren von der Kommission nicht angewendet worden ist.

Entscheidungen in Strafsachen. — Jurisprudence pénale.

I. Bundesgericht. — Tribunal fédéral.

Mitgeteilt von Dr. *Emil Rott*, Vicepräsidenten des Bundesgerichts, in Lausanne.

Urteil des Gesamt-Bundesgerichts.

1. Urteil vom 9. Juli 1896 in Sachen Deutschland und Seitz.

Art. 5 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages. Verweigerung der Auslieferung wegen (nach inländischem Rechte) eingetretener Verjährung der Strafe.

I. Franz Xaver Seitz aus Paar (Bayern) hat sich in Zürich niedergelassen. Am 6. Juni 1896 wurde gegen ihn von der Staatsanwaltschaft Augsburg ein Verhaftsbefehl erlassen und er wurde am 16. Juni in Zürich verhaftet. Die bayerische Gesandtschaft hat am 26. Juni seine Auslieferung verlangt.

II. Dem Verhaftungsbefehl und dem Auslieferungsbegehren ist folgender Thatbestand zu entnehmen: Seitz ist am 27. Dezember 1872 vom Bezirksgericht Augsburg wegen Diebstahls zu 1 Jahr Gefängnis verurteilt worden. Er entzog sich der Strafvollstreckung und soll sich von 1876 bis 1890 unter einem falschen Namen in München aufgehalten haben. In dem Auslieferungsbegehren wird geltend gemacht, dass die Verjährung unterbrochen worden sei durch wiederholte gerichtliche Verfügungen von 1873 bis 1893.

Das Auslieferungsbegehren wird gestützt auf Art. 1, Ziff. 11, 7 und 8 des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und Deutschland von 1874.

In seinem Verhör hat Seitz dem Auslieferungsbegehren die Einrede der Verjährung entgegengesetzt.

Der Generalanwalt hält in seinem Gutachten vom 27. Juni 1896 diese Einrede für begründet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Nach Art. 5 des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages entscheidet das Gesetz des ersuchten Staates, ob Verjährung der straf-

rechtlichen Verfolgung und der zuerkannten Strafe eingetreten ist. Vorliegend ist also schweizerisches, resp. zürcherisches Recht anzuwenden.

2. Würde es sich um Strafverfolgung handeln, so wäre die Verjährung nach dem zürcherischen Strafgesetzbuch wohl unterbrochen, indem dessen § 55 bestimmt, dass die Verjährung durch jede Amtshandlung des Richters unterbrochen wird, welche wegen der begangenen That gegen den Thäter gerichtet ist.

Aber es handelt sich um die Einrede der Verjährung einer rechtskräftig erkannten Strafe im Sinne des § 56 des zürcherischen Strafgesetzbuchs. Letzterer verfügt, dass diese Verjährung in der gleichen Frist vollendet wird, in welcher das Verbrechen verjährt sein würde, für welches die Strafe erkannt worden ist. Nach § 52, litt. *d*, verjährt die Strafklage bei dem Verbrechen, für welches Seitz zu einem Jahr Gefängnis verurteilt wurde, in fünf Jahren. Die am 27. Dezember 1872 verhängte Strafe ist somit längst verjährt.

3. Unterbrechung der Verjährung ist nicht anzunehmen. Nach zürcherischem Recht wird die Strafverjährung nur unterbrochen, wenn die Vollziehung der Strafe bereits begonnen hat (§ 56, l. 2), oder wenn der Verurteilte, während die Frist läuft, ein neues gleichartiges Verbrechen verübt (§ 57).

Dass das eine oder andere vorliegend zutreffe, ist nicht behauptet worden.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Die Auslieferung des Franz Xaver Seitz aus Paar (Bayern), zur Zeit in Zürich, an das königlich bayerische Landgericht in Augsburg wird nicht bewilligt.

Urteile der II. Abteilung des Bundesgerichts.

2. Urteil vom 10. Juni 1896 in Sachen Gebrüder Pulver und W. Vogt.

Art. 189, 3, des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 1, 7, Art. 6 der Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889. Art. 87 des Verwaltungsreglements für die schweizerische Armee vom 27. März 1885. Art. 67 der Vollziehungsverordnung zu den Bundesgesetzen über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen vom 8. Februar 1872, 19. Juli 1873 und 1. Juli 1886.

Kompetenz des Bundesgerichts zu Beurteilung von Gerichtsstandsfragen. — Frist zum Rekurse in derartigen Fällen. — Armeelieferanten unterstehen für bürgerliche Delikte, welche im Zusammenhang mit ihrem militärischen Dienstverhältnisse stehen,

zwar der Gerichtsbarkeit der bürgerlichen Gerichte, sie können aber wegen solcher (insbesondere wegen Übertretung der Vorschriften über Viehseuchenpolizei bei Armeelieferungen) nur mit Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartements verfolgt werden.

A. Die Gebrüder Pulver, Metzger in Bern, und W. Vogt, Metzger in Winterthur, schlossen im Jahre 1894 mit der eidgenössischen Militärverwaltung einen Vertrag ab, durch den sie sich verpflichteten, das Schlachtvieh für den Truppenzusammenzug des IV. Armeecorps im Herbst 1894, und zwar zu einem grossen Teile italienische Ochsen, zu liefern. Die Ablieferung sollte in Seewen-Schwyz und gemäss den Weisungen des Chefs der Verwaltungscompagnie erfolgen. Nachdem dann um fragliche Zeit der Bundesrat die Einfuhr von Vieh aus Italien in die Schweiz (wegen Seuchengefahr) verboten hatte, gelangten Gebrüder Pulver und W. Vogt an das schweizerische Landwirtschaftsdepartement, als Oberaufsichtsbehörde für die Gesundheitspolizei, mit dem Gesuche, es möge ihnen die Einfuhr der Schlachtochsen für den Truppenzusammenzug aus Italien gestattet werden. Dieses Gesuch wurde bewilligt mit der Weisung, die Tiere an der Grenze durch die Grenztierärzte untersuchen zu lassen und bezüglich der weitern Massnahmen gegen Viehseuchen die Befehle des Oberpferdearztes des IV. Armeecorps zu befolgen. Auf Grund dieser Weisungen wurde fragliches Schlachtvieh an der Grenze untersucht und dafür die nötigen Gesundheitsscheine ausgestellt; sodann wurde es per Bahn nach Schwyz-Seewen verbracht, daselbst durch die von der zuständigen Militärbehörde beauftragten Tierärzte wieder untersucht und endlich, nachdem es gesund befunden worden, auf Befehl des Chefs der Verwaltungscompagnie abgeführt. In der Folge — während oder gleich nach Schluss des Truppenzusammenzuges — brach in zwei Ställen in Seewen die Maul- und Klauenseuche aus. Es erfolgte daraufhin gegen Pulver und Vogt Strafanzeige, weil sie die Einfuhr der italienischen Ochsen den für die Viehseuchenpolizei kompetenten bürgerlichen Behörden nicht angezeigt und selbe bezüglich der zu treffenden polizeilichen Massnahmen nicht begrüsst hätten. Das Bezirksamt Schwyz belegte die Gebrüder Pulver und W. Vogt deswegen mit einer Busse von je Fr. 100. Da dieselben diese Strafverfügung nicht annahmen, wurde der Fall dem Bezirksgericht Schwyz überwiesen. Vor demselben stellten Gebrüder Pulver und W. Vogt unterm 6. Juli 1895 den Antrag, es sei zu erkennen, die Behörden des Kantons Schwyz seien nicht kompetent, sie wegen Übertretung von gesetzlichen Vorschriften über Viehseuchenpolizei, begangen bei den Ochsenlieferungen für die Armeeverwaltung des Truppenzusammenzuges von 1894, in Untersuchung zu ziehen und zu bestrafen, und es seien daher die bezüglichen Strafprozeduren und Verfügungen aufzuheben. Das Bezirksgericht Schwyz erkannte jedoch unterm 6. Juli 1895, es sei die erwähnte Vorfrage der Beklagtschaft verneinend entschieden. Pulver und Vogt erklärten darauf Rekurs an die schwyzerische Justizkommission und das Kantonsgericht. Letzteres trat auf denselben wegen Fristverspätung nicht ein; die Justizkommission wies unterm 19. August 1895 den Rekurs als unbegründet ab. Pulver und Vogt erhoben hiergegen unterm 28. September 1895 Beschwerde beim Bundesrat. Unterm 16. Dezember 1895 erklärte sich derselbe in Sachen inkompetent, indem er u. a. bemerkte, Rekurrenten hätten sich mit einer staatsrechtlichen Beschwerde an das Bundesgericht wenden sollen.

B. Gebrüder Pulver und W. Vogt gelangten darauf unterm 21./24. Januar 1896 auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht mit folgenden Anträgen:

1. Es sei zu erkennen, die Behörden des Kantons Schwyz seien nicht zuständig und nicht kompetent, bezüglich der Ochsenlieferungen für die Armeeverwaltung des Truppenzusammenzugs des IV. Armeecorps im Herbst 1894 gegen die Herren Gebrüder Pulver, Viehhändler in Bern, und W. Vogt in Winterthur wegen Übertretung der gesetzlichen Vorschriften über Viehseuchenpolizei Klage zu erheben, ein Strafverfahren durchzuführen und eventuell die Herren Pulver und Vogt zu bestrafen.
2. Es sei das ganze, gegen die Beschwerdeführer von den kantonalen Behörden von Schwyz wegen Übertretung des Viehseuchenpolizeigesetzes eingeleitete Strafverfahren und namentlich auch die Entscheidungen der schwyzerischen Gerichte vom 6. Juli 1895, 19. August 1895 und 11. September 1895 aufzuheben.
3. Es sei der Kanton Schwyz zur Bezahlung der sämtlichen Kosten und insbesondere der Verteidigungskosten der Herren Pulver und Vogt im Betrag von Fr. 1500 zu verurteilen.

Für den Fall, dass das Bundesgericht auf die Beurteilung der Kostenfrage nicht eintreten sollte, behalten sich Rekurrenten vor, dafür den Kanton Schwyz zu belangen, sowie von wem Rechtens Schadenersatz zu verlangen.

Sie führen aus:

Das Bundesgericht sei gemäss Art. 113, 3, B.-V. und 189, 3, O.-G., da es sich um eine Gerichtsstandsfrage handle, kompetent. Die Rechtzeitigkeit des Rekurses betreffend werde darauf verwiesen, dass das Strafverfahren, gegen welches Beschwerde geführt werde, noch hängig sei, und das von den Rekurrenten als inkompetent betrachtete Gericht die Sache noch nicht materiell beurteilt habe (Amtl. Samml., Bd. 19, S. 29). In der Sache selbst sei zunächst zu beachten, dass Art. 87, 2, des auf Grund von Art. 20 B.-V. erlassenen Verwaltungsreglements für die schweizerische Armee vom 27. März 1885 den Oberpferdearzt verpflichtete, zur Verhütung und Bekämpfung ansteckender Krankheiten der zur Armee gehörenden Pferde und Maultiere, sowie des Schlachtviehs, unabhängig von den Civilbehörden, alle erforderlichen Massnahmen anzuordnen. Das Bundesgesetz über polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen von 1872, sowie seine Zusätze und Abänderungen aus den Jahren 1873 und 1886, enthalte keine Bestimmungen über die zur Armee gehörenden Tiere, speciell Schlachttiere; dagegen besage Art. 67 der Vollziehungsverordnung zu den erwähnten Bundesgesetzen von 1887, dass die tierärztliche Gesundheitspolizei der Armee dem Oberpferdearzte unterstellt sei, der nach Art. 87 des Verwaltungsreglements behufs Verhütung von ansteckenden Krankheiten unter den Tieren der Armee, speciell auch den Provianttieren, das Nötige vorkehre und dem Militärdepartement Bericht erstatte. Demnach schränke Art. 87 des Verwaltungsreglements als Specialgesetz das Bundesgesetz betreffend Viehseuchenpolizei insoweit ein, als letzteres nur den bürgerlichen Verkehr betreffe, bezüglich des Schlachtviehs der Armee dagegen das Verwaltungsreglement anwendbar sei und laut demselben nur die militärischen Organe zu funktionieren hätten. In casu sei das in Seewen-Schwyz ausgeladene Vieh zweifellos als Schlachtvieh der Armee zu betrachten gewesen; für die bezüglichen seuchenpolizeilichen Massregeln seien nicht

die bürgerlichen Behörden des Kantons Schwyz kompetent gewesen, vielmehr habe die bezügliche Kontrolle einzig den militärischen Organen zugestanden. Die schwyzerischen Behörden seien auch nicht kompetent, mit Bezug auf jene Lieferungen ein Strafverfahren einzuleiten; vielmehr seien die Rekurrenten auf Grund ihres Vertrages mit der Militärverwaltung als Armeelieferanten zu betrachten und daher gemäss Art. 1, Ziffer 7, der Militärgerichtsordnung von 1889 in Bezug auf die in Frage stehenden Verrichtungen der Militärstrafgerichtsbarkeit und dem Militärstrafgesetze des Bundes unterworfen (Entscheid des Militärkassationsgerichts vom 20. Dezember 1889, ausgefällt auf Grund des mit citiertem Art. 1, 7, gleichlautenden Art. 1, *e*, des Bundesgesetzes vom 27. August 1851). Demnach seien mit Bezug auf die gegen die Rekurrenten eingeklagten Handlungen einzig zuständig die von der Militärstrafgerichtsordnung als zuständig bezeichneten Gerichte. Da nun fragliche Handlungen im Militärstrafgesetzbuch nicht vorgesehen, aber durch die bürgerliche Bundesgesetzgebung mit Strafe bedroht seien, so seien gemäss Art. 6 der Militärstrafgerichtsordnung zwar die bürgerlichen Gerichte zuständig; dagegen könne die strafrechtliche Verfolgung nur mit Ermächtigung des Militärdepartements eintreten. Dieselbe fehle im vorliegenden Falle; die schwyzerischen Behörden hätten selbe nicht nachgesucht, wie sie überhaupt ihre Kompetenz nicht aus Art. 6 cit. ableiten, sondern aus ihrer kantonalen Gerichtsorganisation. Mangels der erwähnten Ermächtigung seien die bürgerlichen Gerichte nicht zuständig, und sei das eingeleitete Strafverfahren samt den bezüglichen Entscheiden der schwyzerischen Gerichtsbehörden zu kassieren.

C. Das Kantonsgericht Schwyz beantragt Abweisung des Rekurses, indem es ausführt: Die Rekurrenten hätten selber die vorliegende Kompetenzfrage dem Bezirksgerichte Schwyz zur Beantwortung unterbreitet und damit dessen Kompetenz anerkannt. Die an das Kantonsgericht erklärte Berufung gegen das bezirksgerichtliche Urteil sei verspätet gewesen; letzteres sei in Rechtskraft erwachsen. Ob dieses Urteil, bezw. der Kompetenzentscheid richtig sei, habe das Kantonsgericht nicht untersuchen können und werde auch das Bundesgericht nicht prüfen können, da es sich um blosse Anwendung kantonalen Prozessrechts handle. Das Bezirksgericht Schwyz habe auf eine Vernehmlassung verzichtet und auf sein Urteil verwiesen.

D. Replicando bestritten die Rekurrenten, die Kompetenz der schwyzerischen Behörden zur Beurteilung der fraglichen Strafsache je anerkannt zu haben. Sie machen ferner darauf aufmerksam, dass ihr Rekurs sich auch gegen die Justizkommission, resp. deren Entscheid vom 19. August 1895 richte. Es handle sich hier übrigens nicht um eine reine Kompetenzfrage.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Das Bezirksgericht Schwyz hat entschieden, es sei kompetent, die Rekurrenten wegen Widerhandlungen gegen die Viehseuchenpolizei zu beurteilen; die schwyzerische Justizkommission hat diesen Entscheid bestätigt. Die Rekurrenten bestreiten diese Kompetenz und begründen ihre Bestreitung damit, dass das eidgenössische Militärdepartement eine Ermächtigung zum fraglichen Strafverfahren nicht erteilt habe. Streitig ist also, ob die erwähnte Ermächtigung — welche als Delegation aufgefasst werden kann — erforderlich, oder das Bezirksgericht Schwyz auch ohne-

dem in Sachen kompetent sei. Handelt es sich nach dem Gesagten um eine Kompetenzfrage, so ist laut Art. 189, 3, O.-G. zu deren Beurteilung das Bundesgericht zuständig. Im fernern datiert zwar der angefochtene Entscheid des Bezirksgerichts vom 6. Juli 1895 und derjenige der Justizkommission vom 19. August 1895, und wurde der vorliegende Rekurs erst am 24. Januar 1896 der eidgenössischen Post übergeben. Wäre daher die Rekursfrist vom 6. Juli 1895 oder 19. August 1895 an zu berechnen, so wäre der Rekurs offenbar verspätet. Dagegen bestreiten die Rekurrenten, wie erwähnt, die Kompetenz des genannten Bezirksgerichts; diese Kompetenzbestreitung hätten sie nun auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses auch noch geltend machen können gegen den materiellen Entscheid oder gegen dessen Exekution (Amtl. Samml., Bd. 19, S. 29). Es ist daher der vorliegende Rekurs als rechtzeitig zu betrachten. Dabei ist auch ganz irrelevant, ob die angefochtenen Entscheide bereits in Rechtskraft erwachsen seien oder nicht.

2. Zur Sache selbst ist in Betracht zu ziehen: Die Rekurrenten hatten mit der Armeeverwaltung einen Vertrag betreffend Lieferung von Schlachtvieh abgeschlossen und ausgeführt. Bei Ausführung eben dieses Vertrages sollen sie sich gegen die Viehseuchenpolizei vergangen haben. Nun bestimmt Art. 1, 7, der Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889, dass der Militärstrafgerichtsbarkeit und den Militärgesetzen des Bundes unterworfen seien „Personen, welche zu besondern Verrichtungen bei der Armee angestellt sind, z. B..... für Transporte und Lieferungen....“ Auf Grund dieser Bestimmung sind auch Armeelieferanten der Militärstrafgerichtsbarkeit unterworfen. In diesem Sinne hat sich im Jahre 1889 das Militärkassationsgericht ausgesprochen (B.-Bl. 1890, II, 326); dabei hatte es freilich nicht die jetzige Militärstrafgerichtsordnung, sondern die frühere, vom Jahre 1851, anzuwenden; indes sind die einschlägigen Bestimmungen derselben (Art. 1, *e*) mit der heute in Kraft stehenden wesentlich identisch. Demnach ergiebt sich, dass auch die Rekurrenten als Armeelieferanten der Militärstrafgerichtsordnung unterworfen sind; diese bestimmt insbesondere auch, welches Gericht zur Beurteilung von Vergehen der Rekurrenten kompetent sei. Diesbezüglich schreibt nun Art. 6 leg. cit. vor, dass der Militärgerichtsbarkeit unterworfene Personen mit Bezug auf Vergehen, die nicht im Militärstrafgesetz, wohl aber im bürgerlichen Strafgesetz des Begehungsortes mit Strafe bedroht seien, von den betreffenden bürgerlichen Gerichtsbehörden zu beurteilen seien.

Vorliegend handelt es sich nun um ein Vergehen der geschilderten Art; den Rekurrenten wird Widerhandlung gegen die Viehseuchenpolizei vorgeworfen; darüber enthält das Militärstrafgesetz keine Bestimmungen; wohl aber befinden sich solche im Bundesgesetze betreffend polizeiliche Massnahmen gegen Viehseuchen. Demgemäss ist in casu zwar im allgemeinen die Kompetenz der bürgerlichen Strafbehörden gegeben. Dagegen schreibt Al. 2 des citierten Art. 6 insbesondere noch vor, dass, wenn fragliche Übertretung mit dem „militärischen Dienstverhältnisse“ im Zu-

sammenhang stehe, die strafrechtliche Verfolgung nur mit Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartementes eintreten könne. Dieser Fall ist hier gegeben; die behauptete Übertretung soll erfolgt sein anlässlich der Lieferung von Schlachtvieh für die Armee, welche Lieferung gemäss Art. 87 des Verwaltungsreglementes der schweizerischen Armee und Art. 67 der Verordnung zum Viehseuchenpolizeigesetz gemäss den Weisungen der militärischen Organe stattfand und also zweifellos mit dem „militärischen Dienstverhältnis" zusammenhing. Unter solchen Umständen durften die bürgerlichen Strafbehörden des Kantons Schwyz gegen die Rekurrenten erst vorgehen, wenn eine bezügliche Ermächtigung des eidgenössischen Militärdepartements vorlag. Eine solche ist nun aber gar nicht nachgesucht und nicht erteilt worden. Es ist daher das gegen die Rekurrenten stattgefundene Verfahren und insbesondere die Entscheide des Bezirksgerichts und der Justizkommission aufzuheben.

Dem gegenüber kann auch nicht eingewendet werden, dass Rekurrenten „die Zuständigkeit der genannten Behörden anerkannt" und dadurch ihr Rekursrecht verwirkt hätten. Denn die Rekurrenten haben vom Bezirksgerichte und dann von der Justizkommission begehrt, selbe sollten sich in Sachen inkompetent erklären; damit haben sie doch nicht anerkannt, dass genannte Behörden in Sachen zum materiellen Entscheid kompetent seien, und haben auf ihr Rekursrecht in keiner Weise verzichtet.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Der Rekurs wird im Sinne der Erwägungen als begründet erklärt und es werden die Entscheide des Bezirksgerichtes Schwyz vom 6. Juli und der Justizkommission des Kantons Schwyz vom 19. August 1895 aufgehoben.

3. Urteil vom 30. Juni 1896 in Sachen Jampen.

Art. 45, Al. 2 und 3, der Bundesverfassung. — Der Entzug der Niederlassung wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung für schwere Vergehen ist nur dann statthaft, wenn wenigstens **eines** *der mehreren Vergehen am gegenwärtigen Niederlassungsorte begangen, bezw. bestraft worden ist.*

En date du 4 décembre 1895, le Département de justice et police du canton de Genève a arrêté „de ne pas accorder l'autorisation de séjourner dans le „canton" à dame Anna Jampen née Rufer, Bernoise, attendu qu'elle avait été „condamnée à réitérées fois pour vol, recel et proxénétisme". Le 24 décembre, le Conseil d'Etat, sur recours de l'intéressée, a maintenu cet arrêté.

Dame Jampen a demandé, en date du 24 janvier 1896, au Tribunal fédéral de révoquer ces décisions. Elle expose, dans son recours, qu'après avoir habité

Berne, elle s'est établie à Genève, avec son fils, en juillet 1895; qu'elle y a obtenu un permis d'établissement et, le 27 novembre suivant, l'autorisation de tenir pension; que les condamnations antérieurement subies par elle, à Berne, sont de simple police et ne revêtent nullement le caractère de délits graves au sens de l'art. 45 de la Constitution fédérale; enfin que, depuis son arrivée à Genève, sa conduite n'a donné lieu à aucune plainte.

Le Conseil d'Etat du canton de Genève, répondant à ce recours, explique de la manière suivante les mesures prises à l'égard de dame Jampen: les délits pour lesquels la recourante a été condamnée à Berne sont des délits graves au sens de l'art. 45 Const. féd. Il ne s'agit nullement de contraventions de simple police, mais de délits prévus par le Code pénal. Peu importe qu'un permis d'établissement ait été délivré postérieurement à ces condamnations. On ne peut, en effet, exiger que les employés d'un département aient présents à la mémoire les casiers judiciaires de tous ceux qui s'adressent à eux (voir arrêt du Tribunal fédéral, du 28 mars 1894, en la cause Haller contre Genève).

Dans une lettre du 8 mars 1896 au juge délégué, le Département genevois de justice et police expose, en outre, ce qui suit: Dans la cause Haller, il a été admis que le gouvernement cantonal pouvait *retirer* un permis d'établissement accordé par un employé subalterne qui ignorait les antécédents dudit titulaire, alors que ledit permis aurait été *refusé* si ces antécédents eussent été connus. Dans le cas de dame Jampen, il s'agit, en réalité, d'un refus d'établissement. Dame Jampen ayant produit un acte d'origine régulier, il était impossible de ne pas lui accorder le permis d'établissement qu'elle sollicitait. Ce n'est que lorsqu'elle se mit à exercer le métier de logeuse que la police fut amenée à procéder à une enquête et eut connaissance de son casier judiciaire. Ainsi qu'il résulte de rapports de police, dame Jampen avait commencé à louer des chambres à des femmes sans avoir reçu d'autorisation à cet effet, et elle avait chez elle une jeune fille qui est devenue la maîtresse de son fils, Ernest Rufer.

La Direction de police de Berne a fait savoir au juge délégué qu'aucun jugement n'avait entraîné pour dame Jampen la perte des droits civiques, et que cette perte ne résultait pas non plus, par l'effet de la loi, de l'une ou l'autre des condamnations intervenues.

En droit:

1° Le présent recours appelle l'interprétation des alinéas 2 et 3 de l'art. 45 de la Constitution fédérale, touchant le refus et le retrait d'établissement pour cause de condamnations pénales.

Aux termes de ces dispositions, l'établissement peut, exceptionnellement, être refusé à ceux qui, par suite d'un jugement pénal, ne jouissent pas de leurs droits civiques (alinéa 2); il peut, exceptionnellement, être retiré à ces mêmes personnes (alinéa 2) et, de plus, à celles qui ont été, à réitérées fois, punies pour délits graves (alinéa 3).

2° Il n'y a pas lieu de rechercher si l'expulsion de dame Jampen constitue un refus ou un retrait d'établissement: soit dans l'une, soit dans l'autre hypothèse, cette expulsion méconnaît les règles de l'art. 45 précité.

3° D'une part, en effet, à la considérer comme refus, elle viole l'alinéa 2 de cet article puisque, selon rapport de la Direction de police de Berne, la recourante n'a subi de déchéance de ses droits civiques à la suite d'aucune de ses condamnations. Les autorités genevoises n'avaient donc pas le droit de refuser l'établissement à dame Jampen.

4° D'autre part, si on admet que l'arrêté du 4 décembre 1895 implique un retrait d'établissement, il apparaît également comme contraire à l'art. 45. En effet, outre que la recourante jouit de ses droits civiques, elle n'a subi de condamnations que dans le canton de Berne. On n'allègue, tout au moins, aucune condamnation encourue dans celui de Genève. Or, d'après l'interprétation donnée par les autorités fédérales à la disposition sus-mentionnée de l'alinéa 3, il faut, pour que le retrait soit fondé, que la personne établie se soit rendue coupable d'au moins un délit grave au lieu de son nouveau domicile et se trouve ainsi en état de récidive par suite des condamnations précédemment encourues (voir Salis, *Droit fédéral suisse*, II, 414). Dame Jampen ne pouvait donc se voir valablement retirer l'établissement obtenu.

5° Quant aux faits mis à la charge de la recourante dans l'office du Département genevois de justice et police, du 8 mars 1896, ils ne sauraient être pris en considération. En effet, ils ne sont pas mentionnés dans la décision du Conseil d'Etat et, à supposer même qu'ils soient de nature à la justifier, ils ne peuvent être érigés, après coup, en motifs de l'arrêté du 4 décembre 1895.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est déclaré fondé, et les arrêtés d'expulsion des 4 et 27 décembre 1895 sont annulés.

4. Urteil vom 20. Juli 1896 in Sachen Schüpbach.

Art. 45, Al. 3, der Bundesverfassung. — Der Entzug der Niederlassung wegen wiederholter gerichtlicher Bestrafung für schwere Vergehen ist statthaft, wenn auch nur **eines** *der mehreren schweren Vergehen am Niederlassungsorte begangen worden ist.*

1. Par arrêté du 20 mars 1896, le Département genevois de justice et police retira l'autorisation de séjourner dans le canton à Nicolas Schupbach, de Landiswyl, canton de Berne, parce qu'il avait subi plusieurs condamnations pour vol et escroquerie.

Ce prononcé fut confirmé par le Conseil d'Etat en date du 5 mai 1896.

2. Par recours du 27 mai 1896, Schupbach a demandé au Tribunal fédéral l'annulation de ces arrêtés. Il soutient qu'il n'est pas privé de ses droits civiques; qu'il a été puni, le 15 janvier 1896, par la Cour correctionnelle de Genève, pour

avoir acheté des marchandises et n'avoir pu ensuite les payer; que cet acte a été qualifié à tort d'escroquerie; que la condamnation qu'il a subie de ce chef ne saurait être considérée comme une condamnation ponr délit grave; que l'art. 45 de la Constitution fédérale ne saurait, en conséquence, lui être appliqué.

3. Dans sa réponse, parvenue le 4 juillet courant, le Conseil d'Etat conclut au rejet dn recours. Il expose ce qui suit: Schupbach passe sous silence qu'il a été condamné à Interlaken, le 26 septembre 1888, ponr vol, à un mois de prison. Le 15 janvier 1896, il a été condamné, en outre, à Genève, à trois mois d'emprisonnement pour escroquerie. La jurisprudence fédérale admet que, lorsqu'un citoyen suisse commet un délit dans un canton où il est domicilié, ce canton peut, en vertu de condamnations antérieures, lui retirer l'établissement. En l'espèce, le délit reproché au recourant est un délit grave. L'arrêt de la Cour correctionnelle de Genève a entraîné l'interdiction de Schupbach jusqu'au 23 mars 1899. Il ne jouit donc pas de ses droits civiques et, conformément à l'art. 45, al. 2 et 3, de la Constitution fédérale, il pouvait être expulsé.

Par lettre du 10 juillet, le Conseil d'Etat de Genève a commnniqué au juge délégué une note de l'Inspecteur de police du canton de Berne, portant qne la peine prononcée à Interlaken contre le recourant l'avait été par la Cour correctionnelle et avait comporté un mois d'emprisonnement cellulaire. Quant à la privation des droits civiques, le Conseil d'Etat ajoutait que Schupbach l'avait encourue à Genève par le fait de l'arrêt de la Cour correctionnelle du 15 janvier 1896, en vertu de la loi sur les votations et élections.

En droit:

1° L'alinéa 3 de l'art. 45 de la Constitution fédérale dispose que l'établissement peut être retiré à ceux qui ont été à réitérées fois punis pour des délits graves.

Le recourant a été condamné par la Cour correctionnelle de Genève à trois mois d'emprisonnement pour escroquerie. Il avait été précédemment condamné par la Cour correctionnelle d'Interlaken à un mois d'emprisonnement pour vol.

Schupbach a donc été puni à réitérées fois (zu wiederholten Malen) et les deux délits pour lesquels il a été condamné sont l'un et l'autre des délits graves au sens de la disposition précitée.

Il importe peu que le recourant n'ait commis qu'un seul de ces délits dans le canton de sa résidence actuelle. D'après la jurisprudence constante du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, les conditions de l'alinéa 3 de l'art. 45 sont remplies lorsque la personne établie ne s'est rendue coupable que d'un seul délit grave au lieu de son domicile, mais se trouve en état de récidive par suite de condamnations antérieures (Salis, *Droit fédéral suisse*, II, 414, 425).

2° Dans ces conditions, il n'est pas nécessaire de rechercher si l'alinéa 2 de l'art. 45 de la Constitution fédérale est applicable en l'espèce, c'est-à-dire si par suite de l'arrêté du 15 janvier 1896 — qui n'a d'ailleurs pas été produit — et en vertu de la loi genevoise sur les votations et élections, Schupbach ne jouissait plus de ses droits civiques

et si l'établissement pouvait lui être retiré de ce chef. Il n'y a pas lieu non plus d'examiner quelle est la portée de l'art. 17 de la loi sur les votations et élections en regard de l'art. 22 de la Constitution du canton de Genève.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est déclaré mal fondé.

5. Urteil vom 21. Oktober 1896 in Sachen des schweizerischen Bundesrates gegen den Regierungsrat des Kantons Bern.

Art. 102, Ziff. 8, Art. 113, Ziff. 1, der Bundesverfassung. Artikel 175, Ziff. 1, des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Ausland, vom 22. Januar 1892. Art. 2, Absatz 2, des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages vom 24. Januar 1874. — Wenn ein Kanton die Berechtigung einer vom Bundesrate auf dem Gebiete des Strafrechts aus völkerrechtlichen Gründen an ihn erlassenen Weisung bestreitet, so liegt ein Kompetenzkonflikt zwischen Bundes- und Kantonalbehörden vor, zu dessen Beurteilung das Bundesgericht zuständig ist. — Der Bundesrat ist nicht befugt, in den Fällen des Art. 2, Absatz 2, des Auslieferungsgesetzes vom 22. Juni 1892, von der dort vorgesehenen Erklärung des ersuchenden Staates Umgang zu nehmen.

Das Bundesgesetz vom 22. Juni 1892 hat an den bestehenden Auslieferungsverträgen nichts geändert. Art. 2, Absatz 2, des schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrages statuiert keine Verpflichtung der Vertragsstaaten, eigene Angehörige, welche sich in ihr Heimatland geflüchtet haben, wegen im andern Vertragsstaate verübter Auslieferungsdelikte bedingungslos, ohne Rücksicht darauf, ob ihre Gesetzgebung dies zulässt, zu verfolgen. Eine derartige Verpflichtung folgt auch nicht aus allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätzen.

A. Mit Note vom 13. Dezember 1895 ersuchte die kaiserlich deutsche Gesandtschaft in Bern den schweizerischen Bundesrat, die Beurteilung des Benoit Emil Gerber, von Schangnau (Kt. Bern), wegen eines von demselben in der Nacht vom 22./23. August 1895 im Trappistenkloster Ölenberg im Obereisass verübten Diebstahls durch die schweizerischen Gerichte veranlassen zu wollen. Gerber er-

steht gegenwärtig in Freiburg (in der Schweiz) eine Zuchthausstrafe von 5 Jahren, welche wegen eines andern Diebstahls dort über ihn verhängt worden ist. Der Bundesrat antwortete am 6. Januar 1896, dass nach den gemachten Erhebungen Gerber wegen des von ihm im Elsass begangenen Diebstahls nur durch die Gerichte seines Heimatkantons Bern verfolgt und beurteilt werden könne, dass aber von diesen in ähnlichen Fällen stets eine Erklärung verlangt werde, die dahin gehe, dass der Beschuldigte nach erfolgter Aburteilung und Bestrafung im Kanton von den Behörden des Auslandes, wo die That begangen worden ist, nicht mehr wegen desselben Delikts zur Verantwortung gezogen werde. Der Bundesrat ersuchte deshalb die deutsche Gesandtschaft um eine solche Erklärung mit Bezug auf den Fall Gerber. Mit Note vom 22. Februar 1896 erwiderte jene, dass die deutsche Regierung nicht in der Lage sei, die gewünschte Erklärung abzugeben, und berief sich zur Unterstützung ihres Begehrens um Veranlassung der Strafverfolgung namentlich auch auf die von dem schweizerischen Bundesrate im Jahre 1892 im Falle Riehl gegebene Zusicherung. Hierauf wurde laut bundesrätlichem Beschluss vom 5. März 1896 der bernische Regierungsrat ersucht, die Verfolgung und Bestrafung des Gerber wegen der erwähnten Straftbat durch die dortigen Gerichte zu veranlassen. Mit Schreiben vom 1. April 1896 teilte der Regierungsrat des Kantons Bern mit, dass die bernische Anklagekammer sich weigere, die Strafverfolgung des Gerber zu übernehmen. Aus einer diesem Schreiben beigelegten Abschrift der bezüglichen Vernehmlassung der bernischen Anklagekammer geht hervor, dass sich deren Weigerung in der That darauf gründet, dass die Zusicherung des ne bis in idem, die nach Art. 2 des schweizerischen Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892 verlangt werden könne, von der deutschen Regierung nicht erhältlich gewesen sei. Der Bundesrat beharrte jedoch auf seinem Standpunkte und beauftragte den Bundesanwalt, zu dessen Wahrung gegen den Regierungsrat des Kantons Bern beim Bundesgericht Klage zu erheben.

B. Demgemäss stellte mit Eingabe vom 4. Mai der Generalanwalt der schweizerischen Eidgenossenschaft gegen den Regierungsrat des Kantons Bern das Begehren ans Recht: „Es seien die Gerichte des Kantons Bern gestützt auf den schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrag (Art. 2) und auf die erfolgte Einladung des Bundesrates verpflichtet, zu erklären, die strafrechtliche Verfolgung des Benoit Emil Gerber, von Schangnau, wegen des von ihm in der Nacht vom 22./23. August 1895 im Trappistenkloster Ölenberg im Oberelsass verübten Diebstahls zu übernehmen." Zur Begründung wurde angebracht: Die Voraussetzungen eines staatsrechtlichen Rekurses nach Art. 175, Ziff. 1, O. G., seien gegeben, indem einerseits der Bundesrat die Gerichte des Kantons Bern zur Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung verpflichtet erkläre, andererseits die Anklagekammer des Kantons Bern dem Bundesrate das Recht zu einer solchen Verfügung bestreite und die Übernahme der Strafverfolgung verweigere. Was nun die Sache selbst betreffe, so schliesse die von der Anklagekammer des Kantons Bern angeführte Bestimmung des Art. 2 des schweizerischen Auslieferungsgesetzes — wonach der Heimatkanton erst dann zur strafrechtlichen Verfolgung eines Inländers für ein im Auslande begangenes Delikt verhalten werden könne, wenn von dem Staate des Thatortes die Zusicherung gegeben werde, dass der Delinquent dort nicht nochmals wegen der gleichen Handlung bestraft werde — das Recht der Kantone und unter Umständen die Pflicht derselben nicht aus, einen Angehörigen, der im Auslande ein Verbrechen verübt hat, nach Massgabe der kantonalen Gesetzgebung in Strafuntersuchung zu ziehen, selbst wenn der auswärtige Staat die Erklärung

ne bis in idem nicht abgegeben und der Bundesrat eine bezügliche Zusicherung nicht erteilt habe. Mit dem Mangel der Erklärung und der Zusicherung werde nach dem Gesetz nur die Verpflichtung gegenüber dem Ausland und der Zwang des Bundesrates gegenüber dem Niederlassungs- oder Heimatkanton beseitigt, nicht aber das Recht des Landes, seinen eigenen Angehörigen zu strafen. Im fernern habe das Auslieferungsgesetz vom Jahre 1892 vertragliche Verpflichtungen weder beseitigen, noch deren Erfüllung von neuen bisher nicht bekannten Bedingungen abhängig machen wollen, wie dies nicht nur vom Bundesrate selbst, sondern auch vom Bundesgerichte ausgesprochen worden sei. Und nun bestehe nach dem schweizerisch-deutschen Auslieferungsvertrage bereits eine gegenseitige vertragliche Verpflichtung zur Übernahme der strafrechtlichen Verfolgung, auch wenn die erwähnte Erklärung des ne bis in idem nicht gegeben worden sei. Zwar sei diese Verpflichtung im Vertrage nicht ausdrücklich ausgesprochen. Allein wenn in Art. 2 desselben der Grundsatz der Nichtauslieferung eigener Landesangehöriger aufgestellt sei, so dürfte es an sich klar sein, dass es unmöglich in der Absicht oder dem Willen der Vertragsstaaten habe gelegen sein können, Personen, die in einem der Vertragsstaaten ein Verbrechen verübt haben, und denen es gelungen ist, in die Heimat zu flüchten, damit ein sicheres Asyl zu gewähren. Schon die völkerrechtliche Verpflichtung zu gegenseitigem Rechtsschutz gebiete die Strafe des Verbrechens. Dies werde auch durch die Botschaft des Bundesrates zu dem erwähnten Vertrage bestätigt. Es sei demnach die gerichtliche Verfolgung durch die Behörden des Heimatstaates als selbstverständlich, als notwendige Ergänzung zu dem Grundsatz der Nichtauslieferung der eigenen Staatsangehörigen, vorausgesetzt. Trete ein solcher Fall ein, so habe nach Art. 2, Al. 2, des Vertrages der Vertragsstaat, in dem das Verbrechen begangen wurde, die erforderliche Rechtshülfe zu leisten, und es sei die Verpflichtung des Heimatstaates, die Beurteilung zu übernehmen, an keine weitere Bedingung geknüpft, als die, dass nach seinen Gesetzen Anlass zu einer strafrechtlichen Verfolgung vorhanden sei. Unter diesen Gesetzen könne nichts anderes verstanden sein, als das materielle Strafrecht des betreffenden Staates; das Delikt müsse ein Auslieferungsdelikt, nach dem Gesetze des Heimatstaates strafbar sein, und es dürften nicht die im Strafrecht vorgesehenen Strafausschliessungsgründe zutreffen. Im Vertrag sei nirgends vorgeschrieben, dass vorerst eine Erklärung abzugeben sei, nach der man auf die Ausübung der Strafjustiz am Orte der That verzichte. Seit Bestehen des Vertrages sei fast ausnahmslos die strafrechtliche Verfolgung der eigenen Angehörigen, die im andern Vertragsstaate ein Verbrechen begangen und sich in das Heimatland geflüchtet hatten, von beiden Vertragsstaaten als eine vertragliche Verpflichtung anerkannt und gehandhabt worden, wie sich aus den Geschäftsberichten des Bundesrates ergebe. In einigen Fällen habe der Bundesrat gegenüber den Weigerungen der Kantone, die Bestrafung zu übernehmen, seinen Standpunkt eingehend motiviert (Bundesblatt 1879, II, pag. 626, 1883, II, pag. 897, 1893, II, pag. 78). Fast immer hätten sich nach der Praxis die beiden Vertragsstaaten auf den Standpunkt gestellt, dass sie nach Inhalt des Vertrages verpflichtet seien, die Beurteilung der eigenen Angehörigen zu übernehmen, und zwar ohne dass vorher im betreffenden Falle ein Verzicht auf die Jurisdiktion am Orte der That ausgesprochen werden müsste. Nur im Falle Volkart sei von den zürcherischen Behörden die Verfolgung abgelehnt worden, weil nach Massgabe des zürcherischen Gesetzes ein förmlicher Verzicht auf die Vollziehung eines bestehenden ausländischen Urteils gefordert wurde, ein Verzicht, den auszusprechen die deutsche Regierung unter Berufung auf den Vertrag sich geweigert habe (Bundesblatt 1876, II, pag. 296). Im September 1892

sei von der Schweiz die Auslieferung des in Strassburg aufgegriffenen angeblichen französischen Staatsangehörigen Aloys Napoleon Riehl wegen betrüglichem Bankerott nachgesucht worden. Da es sich herausgestellt habe, dass Riehl deutscher Reichsangehöriger sei, sei hiervon dem Bundesrat Mitteilung gemacht worden mit dem Anheimstellen, die strafrechtliche Verfolgung des Riehl, falls sie gewünscht werde, unter Zusicherung der Gegenseitigkeit in Antrag zu bringen. Diese Zusicherung sei als erforderlich hingestellt worden, um Sicherheit dafür zu gewinnen, dass die Verfolgung von Schweizern in der Schweiz nicht fernerhin, wie bereits mehreremal geschehen, von einer Erklärung abhängig gemacht werde, die nach der deutschen Gesetzgebung nicht abgegeben werden könne. Der Bundesrat habe hierauf die Gegenseitigkeit für Fälle gleicher Art zugesichert mit dem Beifügen, dass schweizerischerseits zur Zeit auf die Gegenzusicherung der deutschen Regierung, dass in solchen Fällen der in der Schweiz strafrechtlich beurteilte Inländer in Deutschland nicht nochmals wegen desselben Delikts verfolgt werde, verzichtet werde (Bundesblatt 1893, II, pag. 83). Diese gegenseitige Zusicherung habe den Charakter einer beidseitig als richtig anerkannten Interpretation des Artikels 2 des Vertrages; es werde dadurch nicht neues Recht geschaffen, sondern geltendes Recht genau festgesetzt. Danach müsse angenommen werden, dass es der Wille der Vertragsstaaten gewesen sei, als vertragliche Pflicht festzustellen, dass im Falle der Nichtauslieferung der eigenen Angehörigen der Heimatstaat unter den im Vertrag vorgesehenen Bedingungen die Beurteilung eventuell Bestrafung des flüchtigen Verbrechers zu übernehmen habe, eine Pflicht, die durch das Auslieferungsgesetz in keiner Weise modifiziert worden sei. Mit dem Angeführten trete allerdings in Widerspruch die Botschaft des Bundesrates zum Auslieferungsgesetz, wo zu Art. 2, Ziff. 2, bemerkt werde: „Seitens gewisser Staaten „wird, infolge des Standes ihrer Gesetzgebung, die in der vorliegenden Bestim„mung vorgesehene Zusicherung überhaupt nicht erhältlich sein. Die deutsche Re„gierung hat es abgelehnt, auf die Verfolgung am Gerichtsstande der That zu ver„zichten. — Der Fall ist also nicht ausgeschlossen, dass ein Schweizerbürger, der „ n Deutschland sich einer strafbaren Handlung schuldig gemacht, straflos ausgeht, „wenn es ihm gelingt, sich in die Schweiz zu flüchten. Wir bedauern aufrichtig „einen solchen Zustand, allein nicht wir sind dafür verantwortlich, sondern jene „Staaten selbst, die sich in einem offenbaren Widerspruch mit sich selbst befinden, „indem sie die Rechtshülfe unserer Gerichte anrufen und doch nicht das nötige „Vertrauen in dieselben setzen, um zu ihren Gunsten auf die Ausübung der eigenen „Strafgerichtsbarkeit zu verzichten.“ Allein abgesehen davon, dass diese Auffassung nicht haltbar sei, wenn wirklich eine vertragliche Verpflichtung bestehe, so sei der Gedanke nicht als richtig anzuerkennen, dass für die Verhältnisse der Schweiz zu den auswärtigen Staaten die eigene Gesetzgebung die einzige Richtschnur bilden solle, vielmehr sei den Anschauungen der Staaten, zu denen die Schweiz in Beziehung treten wolle, ebenfalls Rechnung zu tragen, und speciell im Auslieferungswesen dürfe der oberste Grundsatz, dass der Verbrecher überhaupt gestraft werden soll, nicht preisgegeben werden. Der Bundesrat, dem verfassungsgemäss die Wahrung der völkerrechtlichen Beziehungen obliege, habe dafür zu sorgen, dass im gegebenen Falle der vertraglichen Pflicht nachgelebt und die Beurteilung durch die zuständigen kantonalen Gerichte übernommen werde. Vorliegend könnten dies nach den bestehenden Verhältnissen nur die Gerichte des Kantons Bern sein.

C. Die Eingabe wurde dem Regierungsrat des Kantons Bern für sich und zu Handen der dortigen Anklagekammer zur Vernehmlassung zugesandt. Innert

der gesetzlichen Frist langte nur von der letztern Behörde eine Rückäusserung ein, die im wesentlichen dahin geht, dass im deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrag eine Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung seitens des Staates, welchem der (nicht auszuliefernde) Beschuldigte angehöre, nur dann bestehe, wenn nach der Gesetzgebung des Heimatstaates Anlass zur Verfolgung, d. h. wenn die materiell- und formellrechtlichen Voraussetzungen hierfür nach Massgabe der eigenen Gesetzgebung gegeben seien, dass nun die schweizerische Gesetzgebung in Art. 2 des Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892 die Strafverfolgung eines Schweizers, der im Auslande ein Verbrechen begangen und sich in die Heimat geflüchtet habe, nur dann von dem Staate des Thatortes durchgesetzt werden könne, wenn die dort vorgesehene Zusicherung des ne bis in idem erteilt werde, und dass diese Bestimmung in keiner Weise mit den im Auslieferungsvertrage mit Deutschland übernommenen vertraglichen Pflichten im Widerspruch stehe.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Der Regierungsrat des Kantons Bern hat keinerlei Einwendung gegen die Zuständigkeit des Bundesgerichts zur Beurteilung des Anstandes erhoben, der diesem vom Bundesrate unterbreitet worden ist. Und in der That ist die Kompetenz des Bundesgerichts in vorliegender Sache begründet. Der Bundesrat behauptet, die mit der Ausübung der Strafgerichtsbarkeit betrauten Behörden des Kantons Bern seien gehalten, einer von ihm ausgehenden Einladung zur Anhandnahme der Strafverfolgung des Benoit Emil Gerber Folge zu leisten. Er nimmt also gegenüber dem Kanton Bern eine gewisse Machtbefugnis in Anspruch, die sich in der Form der fraglichen Einladung geäussert hat, eine Machtbefugnis, die er aus seiner verfassungsmässigen Stellung als Hüter der völkerrechtlichen Beziehungen der Schweiz zum Auslande (Art. 102, Ziff. 8, B. V.) herleitet und die ihn ermächtigen soll, vom Kanton Bern die Erfüllung einer Verpflichtung zu internationaler Rechtshülfe gegenüber dem deutschen Reiche zu verlangen. Die bernischen Behörden bestreiten zwar dem Bundesrate diese Kompetenz in abstracto nicht, sondern sie weigern sich lediglich, im vorliegenden Falle der Einladung des Bundesrates Folge zu geben. Allein hierin liegt nicht bloss die Behauptung, dass für den Erlass der Einladung die erforderlichen sachlichen Voraussetzungen fehlen, sondern es wird damit geltend gemacht, dass der Bundesrat überhaupt nicht kompetent sei, in concreto eine solche Einladung zu erlassen, da eine völkerrechtliche Pflicht, gegen Gerber strafrechtlich vorzugehen, für die Schweiz nicht bestehe, und dass deshalb auch der Bundesrat keine Befugnis habe, dem Kanton Bern auf dem sonst im allgemeinen der Souveränität der Kantone überlassenen Gebiete der Strafrechtspflege Weisungen zu erteilen. Es handelt sich somit im Grunde um eine Frage betreffend die Abgrenzung zwischen eidgenössischer und kantonaler Staatsgewalt, die zu entscheiden das Bundesgericht durch Art. 113, Ziff. 1, B. V., und Art. 175, Ziff. 1, O. G., berufen ist.

2. Mit Recht nun hat es zunächst der Bundesrat unterlassen, zur Begründung seiner Kompetenz den Art. 2 des Bundesgesetzes betreffend

die Auslieferung gegenüber dem Auslande, vom 22. Januar 1892, anzurufen. Wohl greift diese Bestimmung in die innere kantonale Strafrechtspflege ein, soweit es sich um die Bestrafung von Inländern handelt, die in einem fremden Staate eine strafbare Handlung begangen und sich dann in die Schweiz geflüchtet haben, von wo sie nicht ausgeliefert werden können. Es werden für diesen Fall die einschlägigen kantonalen Normen insofern ergänzt, als die Strafverfolgung wegen einer solchen Handlung im Inlande unter Umständen angehoben werden muss, auch wenn die zuständige kantonale Gesetzgebung die Bestrafung derselben, weil sie im Auslande begangen worden ist, nicht zulassen würde. Diese, ebenfalls aus dem Bedürfnisse nach internationalem Rechtsschutz gegen strafbare Handlungen fliessende, bundesrechtliche Verpflichtung der Kantone tritt nun aber jedenfalls nur dann ein, wenn der die Auslieferung (oder Bestrafung) nachsuchende Staat die Zusicherung erteilt, dass der betreffende Schweizerbürger nach Verbüssung der in der Schweiz gegen ihn verhängten Strafe auf seinem Gebiete nicht nochmals wegen desselben Verbrechens verfolgt und auch ein von seinen Gerichten gegen ihn ausgefälltes Strafurteil nicht vollzogen werde. Eine solche Zusicherung ist nicht erteilt worden, und deshalb würde von vornherein diese Handhabe, den Kanton Bern zur Strafverfolgung des Benoit Emil Gerber anzuhalten, versagen. Es könnte nämlich nicht etwa eingewendet werden, dass der Bundesrat kompetent sei, auf die Bedingung der Zusicherung des ne bis in idem zu verzichten. Das Gesetz wollte gerade für die Zukunft im Auslieferungsrecht eine feste Grundlage schaffen, an die sich auch der Bundesrat in seinen Verhandlungen mit andern Staaten zu halten hat. Derselbe verwendet denn auch selbst die im Falle Riehl von ihm der deutschen Regierung gegenüber abgegebene Erklärung, dass die Zusicherung des Verzichts auf die Ausübung der eigenen Strafgerichtsbarkeit gegen einen hier betroffenen und zu bestrafenden Inländer in Zukunft nicht mehr verlangt werde, nicht in dem Sinne, dass damit an der Vorschrift des Art. 2 des Auslieferungsgesetzes für das Verhältnis mit dem deutschen Reiche etwas geändert worden wäre; sondern es wird jene Erklärung nur beigezogen zur Bestätigung der Auslegung, die der Bundesrat der seiner Ansicht nach massgebenden Bestimmung des Art. 2 des Auslieferungsvertrages zwischen der Schweiz und dem deutschen Reiche, vom 24. Januar 1874, beilegt.

3. Dieser Vertragsartikel, aus dem der Bundesrat seine Kompetenz zum Einschreiten im vorliegenden Falle herleitet, bestimmt, nach Festlegung des Grundsatzes, dass eigene Angehörige an den andern Vertragsstaat nicht ausgeliefert werden, in Absatz 2: „Wenn nach den Gesetzen „desjenigen Staates, welchem der Beschuldigte angehört, Anlass vor„handen sein sollte, ihn wegen der in Frage stehenden Handlung zu ver„folgen, so soll der andere Staat die Erhebungen und Schriftstücke, die „zur Feststellung des Thathestandes dienenden Gegenstände und jede „andere für das Strafverfahren erforderliche Urkunde oder Aufklärung

„mitteilen." Würde hierin eine vertragliche Vereinbarnng des Inhalts erblickt werden müssen, dass der Zufluchtsstaat unter den daselbst vorgesehenên Voranssetzungen die Verpflichtung habe, den betreffenden Angeschuldigten strafrechtlich zn verfolgen, wie wenn die Handlung im Inlande begangen worden wäre, so würden sich die Behörden des Kantons für ihre Weigerung, einer bezüglichen Weisung des Bundesrates Folge zu geben, auf Art. 2 des Anslieferungsgesetzes mit Erfolg nicht berufen können. Denn dieser wollte und konnte ohne Verletzung völkerrechtlicher Verpflichtungen an bestehenden Staatsverträgen nichts ändern und insbesondere auch nicht eine Verpflichtung zu strafrechtlichem Vorgehen gegen einen Inländer, der im Auslande delinquiert und sich in die Heimat geflüchtet hat, von neuen, im Vertrage selbst nicbt vorgesehenen, Bedingungen abhängig machen (vgl. z. B. Urteil des Bundesgerichts i. S. Stübler, A. S., Bd. XVIII, S. 193). Allein eine Verpflichtnng der Schweiz, bedingungslos ihre eigene Strafgerichtsbarkeit thätig werden zu lassen, wenn die deutsche Regierung die Bestrafung eines Inländers wegen eines im Anslande begangenen Auslieferungsdeliktes verlangt, kann der citierten Vertragsbestimmnng nicht entnommen werden. Nach deren Wortlaute sichern sich die Vertragsstaaten bloss in gewissem Umfange eine prozessualische Rechtshülfe zu für den Fall, dass für die Verfolgnng des Beschuldigten im Zufluchtslande nach dessen Gesetzen Anlass vorhanden sein sollte. Durch diesen Wortlaut ist die Annahme ausgeschlossen, dass es der Wille der Vertragsparteien gewesen sei, eine unbedingte Verpflichtung des Znfluchtslandes znr Anhebnng der Strafverfolgung des Angeschuldigten für den Fall der Nichtauslieferung aufzustellen. Offensichtlich beruht vielmehr die Bestimmnng, wie sie gefasst ist, auf der Vorstellung, dass eine Strafverfolgung im Zufinchtsstaate nnr eintrete, wenn dessen eigene Gesetzgebnng ihm dazu Anlass giebt. Gerade der letztere Ausdrnck beweist deutlicb, dass sich die Vertragsstaaten in fraglicher Richtung nicht binden wollten, sondern dass sie sich lediglich vorbehielten, und zwar wiederum nicht in verbindlicher Form, in solchen Fällen die eigenen Gesetze anzuwenden. Die Fassnng des Absatzes 2 des Artikels 2 lässt auch nicht etwa für die Annahme Raum, dass eine solche Verpflichtung, die Bestrafnng des inländischen Angeschnldigten selbst zu übernehmen, gleichsam das Gegenstück zu der Vergünstigung, dass Inländer nicht ausgeliefert werden, bilde. Hätte wirklich unter den Vertragsparteien die Meinung obgewaltet, dass an die Stelle der Anslieferung bei Inländern, ohne Rücksicht auf den Begehungsort, die Bestrafnng nach den eigenen Landesgesetzen eintreten müsse, so hätte dieser Auffassung auch Ansdruck gegeben werden müssen, wie dies in dem kurz vorher, im Jahre 1875, zwischen der Schweiz und Russland abgeschlossenen Anslieferungsvertrage (Art. 2) in einer allerdings auch nicht alle Zweifel ausschliessenden Weise geschehen ist. Und keinenfalls hätte im Vertrag eine Bestimmung Aufnahme finden dürfen, aus deren Fassung notwendigerweise auf eine gerade gegenteilige Meinnng der Kontrahenten geschlossen werden muss.

Wenn ferner auch thatsächlich unter der Herrschaft des Auslieferungsvertrages meistens — der Bundesrat giebt selbst zu, dass Ausnahmen vorgekommen sind — vom Heimatstaate die Strafverfolgung der eigenen Angehörigen für in andern Vertragsstaaten begangenes strafbares Unrecht übernommen worden ist, so beweist dies noch keineswegs, dass dies geschehen sei, weil sich die beiden Staaten dazu für vertraglich verpflichtet erachteten. Es könnten jene thatsächlichen Vorgänge zum Belege dafür, dass eine bezügliche internationale Verpflichtung bestanden habe, doch nur insofern verwendet werden, als dargethan wäre, dass in der eigenen Gesetzgebung des betreffenden Staates die Strafverfolgung, sei es in zwingender oder in bloss fakultativer Form, nicht vorgesehen gewesen wäre. Hierfür fehlt aber jeglicher Nachweis. Insbesondere braucht zur Erklärung der Thatsache, dass in Deutschland gegen Reichsangehörige wegen in der Schweiz begangener Delikte auf Ansuchen der herwärtigen Behörde das Strafverfahren eingeleitet wurde, keineswegs eine vertragliche Verpflichtung beigezogen zu werden; die Befugnis zu solchem Vorgehen gab vielmehr den deutschen Behörden schon die eigene Gesetzgebung, nämlich § 4 des Strafgesetzbuches, und es haben wohl dafür, dass von dieser Möglichkeit stets Gebrauch gemacht worden ist, ebensowohl eigene Interessen, wie Rücksichten auf den andern Vertragskontrahenten mitgewirkt. In der Schweiz sodann ist das Bestreben des Bundesrates, eine derartige internationale Verpflichtung zur Anerkennung zu bringen, wie aus dessen eigenen Angaben hervorgeht, mehrfach auf Widerstand von seiten solcher Kantone gestossen, deren Gesetzgebung die Bestrafung für im Ausland begangene Delikte nicht oder nur unter gewissen Bedingungen zulässt (vgl. hinsichtlich des Standes der kantonalen Gesetzgebungen in dieser Beziehung Stooss, die schweizerischen Strafgesetzbücher, S. 7 ff.). Allerdings scheint der Bundesrat diesen Widerstand in einigen Fällen gebrochen zu haben. Aber doch nicht immer: So führt er selbst den Fall Volkart an, indem er es bei der auf die Gesetzgebung des Heimatkantons Zürich sich stützenden Weigerung der dortigen Behörden, die Strafverfolgung des Angeschuldigten wegen eines in Deutschland begangenen Deliktes zu übernehmen, bewenden liess. Angesichts dieser Haltung aber kann um so weniger dem Umstand für die Beantwortung der streitigen Frage eine Bedeutung beigemessen werden, dass der Bundesrat in verschiedenen seiner Geschäftsberichte sich dahin geäussert hat, dass seiner Ansicht nach eine vertragliche Pflicht zur Anhebung der Strafverfolgung in solchen Fällen bestehe. Übrigens könnte aus diesen Ansichtsäusserungen doch nur geschlossen werden, dass der eine der beiden kontrahierenden Staaten den Vertrag dahin auslege, dass für denselben eine absolute Verpflichtung zur Anhebung des Strafverfahrens gegen die eigenen Landesangehörigen wegen einer im andern Vertragsstaate begangenen strafbaren Handlung bestehe, während eine solche Auslegung doch nur möglich wäre, wenn auch der andere Kontrahent sich ausdrücklich oder durch sein Verhalten zu der nämlichen Ansicht

bekannt hätte. Dies trifft nun aber nicht zu, wie schlagend gerade die vom Bundesrate selbst angeführten Verhandlungen im Falle Riehl beweisen. Wäre die deutsche Regierung damals der Ansicht gewesen, dass eine bedingungslose Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung eines Schweizers, der in Deutschland ein Delikt begangen und sich dann in seine Heimat geflüchtet hat, schon nach dem Auslieferungsvertrage bestehe, so hätte sie nicht die Anhandnahme der Strafverfolgung ihres Angehörigen Riehl von einer Gegenrechtserklärung des schweizerischen Bundesrates abhängig machen dürfen und umgekehrt einer solchen auch nicht bedurft, um sich für zukünftige Fälle ein gleiches Verhalten seitens der Schweiz zu sichern; sondern sie hätte ohne weiteres den Riehl den dortigen Strafgerichtsbehörden überliefern müssen und auch nicht eine neue Erklärung der schweizerischen Behörden zu verlangen brauchen, um gegebenen Falles auch von diesen die strafrechtliche Verfolgung eines Schweizers, der sich in Deutschland einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, durchsetzen zu können. Und wenn der Bundesrat hierauf, ohne weitern Vorbehalt und ohne auf den Auslieferungsvertrag Bezug zu nehmen, eingegangen ist, so dürfte damals wohl auch bei ihm die Ansicht vorgewaltet haben, dass es sich nicht bloss um eine Interpretation bestehenden Rechts, sondern um die Aufstellung einer neuen Norm internationalen Vertragsrechts handelte, zu deren Abschluss ihm allerdings, wie er heute implicite selbst zugicht, die Kompetenz mangelte, nachdem das Auslieferungsgesetz in einer auch für ihn verbindlichen Weise eine Verpflichtung der Kantone, auf Ansuchen eines fremden Staates einen von auswärts geflüchteten, inländischen Delinquenten zu bestrafen, wie wenn die Handlung auf dem Gebiete des betreffenden Kantons selbst begangen worden wäre, allerdings aufgestellt, aber von der Bedingung abhängig gemacht hatte, dass der ersuchende Staat auf die Ausübung eigener Gerichtsbarkeit gegen den Betreffenden verzichte.

So wenig als durch die Art, wie der Auslieferungsvertrag thatsächlich angewendet wurde, vermag die Auffassung des Bundesrates durch die Verweisung auf seine Botschaft zu diesem Vertrage, vom 28. Januar 1874 (Bundesblatt 1874, I, S. 223 ff.), gestützt zu werden. Wenn es dort auch, zu Art. 2, heisst: „Eigene Bürger liefert der eine Staat dem „andern nicht aus, sondern übernimmt selbst die gerichtliche Verfolgung „strafbarer Handlungen, welche eigene Staatsangehörige im Gebiete des „andern vertragenden Teiles begangen, sofern solche Handlungen auch „nach Massgabe der eigenen Gesetzgebung strafbar sind“, so kann doch daraus nicht gefolgert werden, dass eine unbedingte Verpflichtung zur Übernahme der Strafverfolgung der nicht der Auslieferung unterworfenen eigenen Staatsangehörigen eingegangen worden sei, sondern es ist damit nur ausgesprochen, dass eine solche Strafverfolgung eintrete, wenn die eigene Gesetzgebung des betreffenden Landes eine solche zulässt oder vorschreibt. Diese wurde ausdrücklich vorbehalten, und zwar offenbar nicht nur hinsichtlich der Umschreibung und Bestimmung der strafbaren

Handlungen als solcher, sondern auch hinsichtlich der Bedingungen, von denen im übrigen die Strafbarkeit einer Handlung abhängig gemacht wurde, also namentlich auch hinsichtlich der Normen über das örtliche Geltungsgebiet.

Damit stimmt auch die vom Bundesrate selbst angeführte, aber als unrichtig bezeichnete Stelle in der Botschaft zum Auslieferungsgesetz überein, indem gerade für das Verhältnis mit Deutschland unbedenklich die Aufstellung einer neuen Bedingung für die Übernahme der Strafverfolgung eines Inländers, dessen Bestrafung von Deutschland verlangt wird, als zulässig hingestellt und der Fall vorgesehen wurde, dass unter Umständen wegen Nichterfüllung dieser Bedingung durch Deutschland Straflosigkeit des Thäters eintreten könnte.

Aus dem Auslieferungsvertrag mit Deutschland kann danach eine vertragliche Verpflichtung der Schweiz, bedingungslos die Strafverfolgung des Benoit Emil Gerber zu übernehmen, und damit die Kompetenz des Bundesrates, dem Kanton Bern eine bezügliche Weisung zu erteilen, nicht hergeleitet werden.

4. Unter solchen Umständen könnte diese Kompetenz nur noch begründet erscheinen, wenn, worauf der Bundesrat ebenfalls hinweist, ein allgemein anerkannter völkerrechtlicher Grundsatz des Inhalts bestünde, dass der wegen einer im Auslande begangenen strafbaren Handlung verfolgte Inländer, weil er nicht ausgeliefert wird, in seiner Heimat strafrechtlich verfolgt werden müsse. Liesse sich nachweisen, dass allgemein die in engern Kultur- und Rechtsbeziehungen zu einander stehenden Staaten einen solchen Satz anerkennten und danach verführen, so könnte sich auch die Schweiz der daraus fliessenden Verpflichtung nicht entziehen und müsste dem Bundesrate als Hüter ihrer internationalen Beziehungen die Befugnis zugestanden werden, von den Kantonen zu verlangen, dass sie gegebenen Falls ihre Strafgerichtsbarkeit in Thätigkeit treten lassen, wenn schon die eigene Gesetzgebung, deshalb, weil die strafbare Handlung im Auslande begangen worden ist, dies nicht gestatten würde. In dieser Beziehung ist nun zugegeben, dass im allgemeinen der Satz, es sei der Verbrecher, ohne Rücksicht darauf, wo er delinquiert und wohin er sich nach der That begeben hat, zu strafen, dem Gedanken der Gerechtigkeit entspricht. Allein diesem Satz kann doch nicht die Bedeutung einer für jeden Einzelfall anwendbaren Norm internationalen Rechts zuerkannt werden, sondern lediglich der Charakter eines Postulats an die nationalen Gesetzgeber. Das „dedere aut punire“ ist nicht eine Regel des positiven, auf Gewohnheit beruhenden Völkerrechts, sondern eine Formel für den Gedanken, dass in abstracto dafür gesorgt werden solle, dass territoriale Schranken es nicht sollen verhindern dürfen, dem Verbrecher Gerechtigkeit widerfahren zu lassen. Das „Wie“ muss dem positiven, internationalen oder nationalen, Rechte überlassen werden, und es widerspricht jenem allgemeinen Satze nicht, wenn in einem oder in bestimmten Kategorien von konkreten Fällen das Ziel nach der Ge-

staltung des positiven Rechts nicht erreicht wird. Die Auslieferung und die Ausübung eigener Strafgerichtsbarkeit sind nicht zwei überall sich ergänzende Begriffe. Wohl hat das Auslieferungsrecht bestimmte Berührungspunkte mit dem sogenannten internationalen Strafrecht; aber doch braucht nicht notwendigerweise eine für alle Fälle zutreffende Konkordanz zu bestehen. Das Auslieferungsrecht ordnet internationale Beziehungen und die Auslieferung setzt den ersuchenden Staat in Möglichkeit, *seine* Strafgerichtsbarkeit in Anwendung zu bringen. Das sogenannte internationale Strafrecht ist als positives Recht nur ein das örtliche Geltungsgebiet betreffender Bestandteil der nationalen Strafgesetzgebung und dessen Anwendung bedeutet Ausübung *eigener* Jurisdiktion. So kann ein Staat sehr wohl die Auslieferung auch in solchen Fällen verweigern, wo ihm die eigene Bestrafung nicht möglich ist, wie er umgekehrt unter Umständen ausliefert, trotzdem er selbst bestrafen könnte. Es ist auch nicht richtig, dass insofern Auslieferungsrecht und internationales Strafrecht sich decken müssen, als nur bei Vorhandensein eines eigenen Strafanspruches ausgeliefert werden dürfe und umgekehrt: es kann im Gegenteil auch da die Auslieferung zugestanden werden, wo die eigene Gesetzgebung einen Strafanspruch versagt, und es kann eigene Strafverfolgung eintreten, auch wenn der Staat des Thatortes dies nicht verlangt. Angesichts namentlich auch der Stellung, welche England und Amerika in ihren Gesetzgebungen und Staatsverträgen zu diesen Fragen einnehmen, dürfte so der wahre Gehalt des Satzes „dedere aut punire“ darauf beschränkt werden, dass ein Staat nicht die Auslieferung grundsätzlich verweigern und doch starr am Territorialitätsprinzip festhalten darf, dass vielmehr in thesi wenigstens für schwere Fälle die Möglichkeit eigener Bestrafung vorgesehen sein soll, wenn die Auslieferung nicht stattfindet (vgl. hierzu v. Martitz, Internationale Rechtshülfe in Strafsachen I, S. 51, 74 ff., 135 f., 119 f.; Lammasch, Auslieferungspflicht und Asylrecht, S. 57 ff., 380 ff.). Bestünde wirklich im internationalen Recht ein gewohnheitsrechtlicher Satz des Inhalts, dass bei Verweigerung der Auslieferung die Strafverfolgung des Angeschuldigten ohne Rücksicht darauf angehoben werden müsse, dass die That im Auslande begangen worden ist, so würde doch gewiss eine bezügliche Bestimmung in den Auslieferungsverträgen, die die Schweiz abgeschlossen hat, nirgends fehlen. Dies trifft nun aber nicht zu, indem eine Verpflichtung zur Bestrafung der Inländer, die nicht ausgeliefert werden — abgesehen von dem bereits erwähnten Vertrage mit Russland — bloss in den Übereinkünften mit Spanien, Serbien und Salvador aufgenommen worden ist; und zudem ist hier überall die Übernahme der Bestrafung im eigenen Lande von der Bedingung abhängig gemacht, dass der Angeschuldigte am Thatorte nicht mehr verfolgt werden dürfe. Bestünde jener Satz wirklich, so hätte sich ferner auch der eidgenössische Gesetzgeber einer Völkerrechtswidrigkeit schuldig gemacht, wenn er im Auslieferungsgesetz die Verpflichtung zur Bestrafung des Angeschuldigten von dem Verzicht auf die Ausübung

eigener Strafgerichtsbarkeit von seiten des ersuchenden Staates abhängig machte. Hiervon kann aber im Ernste nicht gesprochen werden. Im Gegenteil dürfte hierin die richtige Ergänzung für die Aufgabe des Territorialitätsprinzips gegenüber Inländern, die wegen eines auswärts begangenen Delikts verfolgt, aber nicht ausgeliefert werden, zu erblicken sein (vgl. Lammasch a. a. O., S. 421 ff.). Danach kann auch aus einem ungeschriebenen völkerrechtlichen Satze der Bundesrat seine Kompetenz, den Kanton Bern zur Anhandnahme der Strafverfolgung des Gerber anzuhalten, nicht herleiten.

5. Ob nun diese Behörden nach kantonalem Rechte befugt oder gar verpflichtet seien, die Strafverfolgung des Gerber an die Hand zu nehmen, darüber ist heute nicht zu urteilen. Immerhin mag beigefügt werden, dass es zweifelhaft erscheint, ob sich dieselben, wenn im übrigen nach dem kantonalen Recht die sämtlichen Voraussetzungen zur Strafverfolgung gegeben sind, mit Recht für ihre Weigerung, dieselbe an die Hand zu nehmen, auf Art. 2 des Auslieferungsgesetzes berufen dürfen, oder ob nicht diese Bestimmung bloss für die Fälle, in denen bisher nach kantonalem Rechte eine Strafverfolgung nicht eintreten konnte, Recht schaffen wollte.

Aus diesen Gründen hat das Bundesgericht erkannt:

Der Regierungsrat des Kantons Bern, beziehungsweise die dortigen Strafgerichtsbehörden sind nicht verpflichtet, der Einladung des Bundesrates, die strafrechtliche Verfolgung des Benoit Emil Gerber von Schangnau wegen des von ihm in der Nacht vom 22./23. April 1895 im Trappistenkloster Ölenberg im Ober-Elsass verübten Diebstahls zu übernehmen, Folge zu geben.

6. Urteil vom 21. Oktober 1896 in Sachen Bolliger.

Art. 178, Ziff. 3, des Bundesgesetzes betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege. Art. 4 und 5 der Bundesverfassung. Frist zum staatsrechtlichen Rekurse. Begriff der sogen. materiellen Rechtsverweigerung.

A. Am 6. April 1895 wurde Adolf Bolliger, von Wittwyl, Kantons Aargau, vom Schwurgericht des Kantons Zürich des Mordes an seinem vierjährigen Kinde, Priska Bolliger, schuldig erklärt und zu lebenslänglichem Zuchthaus verurteilt. Gegen dieses Urteil erhob Bolliger Nichtigkeitsbeschwerde wegen wesentlicher Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigung und wegen Verletzung gesetzlicher Prozessformen, die wahrscheinlich auf das Schulderkenntnis einen nachteiligen Einfluss gehabt habe (§ 1091, Ziff. 4 und 5, des zürcherischen Rechtspflegegesetzes); es sei nämlich, wurde angebracht, von dem mit der Führung der Untersuchung beauftragten Bezirksanwalt nach der Verhaftung des Adolf Bolliger eine ganze

Reihe von Zeugen einvernommen worden, ohne dass er den Angeschuldigten zu den Einvernahmen beigezogen habe, durch welche Unterlassung Art. 6 der Staatsverfassung und § 784 des Rechtspflegegesetzes verletzt und das Urteil zu ungunsten des Angeschuldigten beeinflusst worden sei. Das Kassationsgericht ordnete über die Nichtigkeitsbeschwerde eine mündliche Verhandlung an und fällte dann unterm 24. Juni 1895 ein dieselbe abweisendes Urteil aus. In der Begründung wurde zwar zugegeben, dass der mit der Untersuchung beauftragte Bezirksanwalt planmässig den § 784 des Rechtspflegegesetzes nicht befolgt und dadurch Rechte der Verteidigung verletzt habe; dass hieran der Umstand nichts ändere, dass im Verhöre vom 10. Januar 1895 dem Angeschuldigten die ihn belastenden Zeugenaussagen vorgelesen worden seien, und dass ein Verzicht auf das in § 784 l. c. gewährleistete Recht nicht angenommen werden könne. Allein trotzdem sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen, weil durch dieselbe bloss die Kassation des schwurgerichtlichen Urteils vom 6. April 1895 verlangt worden und weil weder dem Urteile selbst, noch dem vorangegangenen schwurgerichtlichen Verfahren, noch auch dem Beschlusse der Anklagekammer, durch den die Anklage zugelassen worden sei, ein Kassationsgrund entgegengehalten werde. Wenn nun auch das schwurgerichtliche Urteil und damit das schwurgerichtliche Verfahren kassiert würde, so blieben doch der Zulassungsbeschluss der Anklagekammer und die Untersuchung, auf der die Anklage fusste, bestehen und wäre der Zweck der Kassation, „die Aufhebung des Fehlers, welcher die Kassation veranlasst, mit allen seinen nachteiligen Folgen“, nicht erreicht. Um den begangenen Fehler, soweit dies nachträglich überhaupt noch geschehen könne, wieder aufzuheben, müssten die Protokolle, in denen die in Missachtung des § 784 abgehaltenen Zeugeneinvernahmen aufgezeichnet seien, aus den Akten entfernt und vernichtet werden; zu einer solchen Einmischung in eine Strafuntersuchung, deren Führung nach dem Gesetze einem unter der Regierung stehenden Beamten zugekommen, sei ein Gericht nicht befugt. In der Praxis sei es eine bestrittene Frage, ob die Anklagekammer bei ihrem Beschluss über die Zulassung der Anklage auf Fehler, die in der Untersuchung begangen worden seien, zu achten habe; jedenfalls habe aber schon diese Gerichtsbehörde kein Recht, die Verbesserung solcher Fehler anzuordnen. Ebensowenig könnten diese zum Gegenstand einer Nichtigkeitsbeschwerde gemacht werden, die sich nur gegen richterliche Urteile und Beschlüsse richte. Rechtlos stehe deswegen der Angeschuldigte derartigen Fehlern der Untersuchungsorgane nicht gegenüber. Das Gesetz gebe in den §§ 1070 ff. den im Strafprozesse beteiligten Parteien das Rechtsmittel des Rekurses, mittelst dessen auch der Angeschuldigte seine Beschwerden gegen den Untersuchungsbeamten bei der Staatsanwaltschaft, gegen diese beim Regierungsrat anbringen könne, was jedoch innert der gesetzlichen Frist nicht geschehen sei. Auch § 1074 des Rechtspflegegesetzes, wonach der Entscheid der Rekursinstanz nur bei den gerichtlichen Instanzen mit der Nichtigkeitsbeschwerde weiter angefochten werden könne, biete dem Nichtigkeitskläger vorliegend keinen Stützpunkt, da nur gegenüber den als Rekursinstanzen entscheidenden *Gerichts*behörden die Nichtigkeitsbeschwerde vorbehalten sei, und da ein Rekursentscheid überhaupt nicht vorliege. Eine Bestätigung der Ansicht, dass schwurgerichtliche Urteile nicht deshalb kassiert werden dürften, weil in der Untersuchung Verstösse gegen das Gesetz vorgekommen seien, müsse darin erblickt werden, dass das Rechtspflegegesetz ausdrücklich die Nichtigkeitsbeschwerde gegenüber Beschlüssen der Anklagekammer für zulässig erklärt habe. Wenn daher auch letztere Behörde Fehler der Untersuchung hätte rügen und verbessern dürfen, so hätte wegen einer diesbezüglichen Unterlassung

der Zulassungsbeschluss mit der Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden müssen, was nicht geschehen sei.

B. Am 10. Juli 1895 stellte Advokat G. Wolf in Zürich namens des Adolf Bolliger beim Obergerichte des Kantons Zürich ein Restitutionsgesuch. Dasselbe gründete sich auf § 1103, Ziff. 1 und 3, des zürcherischen Rechtspflegegesetzes. In diesem Verfahren fanden, teils auf Begehren der Staatsanwaltschaft, teils auf Antrag des Restitutionsklägers, neue Beweisaufnahmen statt, und zwar in der Hauptsache durch eine besonders damit beauftragte Kommission des Obergerichts. Insbesondere fand auch eine genaue Messung der in Betracht fallenden Distanzen und eine Bestimmung der Zeiten statt, die zu deren Zurücklegung erforderlich sind. Durch Entscheid vom 29. April 1896 wies das Obergericht das Restitutionsbegehren ab, im wesentlichen mit folgender Begründung: Der Restitutionsgrund der Ziff. 1 des § 1103 des Rechtspflegegesetzes treffe, abgesehen von dem hier nicht in Betracht kommenden Fall, dass die Stimmabgabe der einzelnen mitwirkenden Richter bezw. Geschwornen eine strafbare Rechtsbeugung enthalte, nur dann zu, wenn das Strafverfahren, auf welchem das Urteil basiert, Akte aufweise, die auf einem Delikte beruhten und zugleich für die Beurteilung des Falles Bedeutung hätten. Dabei sei vorliegend zu beachten, dass das Verdikt der Geschwornen einzig und allein auf den schwurgerichtlichen Verhandlungen beruht habe und dass deshalb, um das Restitutionsbegehren in dieser Richtung begründet erscheinen zu lassen, dargethan sein müsste, dass die Grundlage des Verdikts eine fehlerhafte gewesen sei insofern, als Vorgänge des Strafverfahrens, die einen dem Angeklagten nachteiligen Einfluss auf die Geschwornen ausgeübt hätten, entweder selbst verbrecherisch gewesen seien oder doch — wie z. B. die Verlesung eines in der Voruntersuchung abgelegten falschen Zeugnisses — auf einem Verbrechen basiert hätten (Erwägung 1). Von diesen Gesichtspunkten aus falle eine Reihe von Beschwerdepunkten von vornherein ausser Betracht, weil es sich dabei teils überhaupt nicht um Vorgänge des Strafverfahrens vor dem Schwurgericht, teils nicht um solche handle, die bei den Geschwornen die Überzeugung von der Schuld des Adolf Bolliger begründet hätten. Unter die erste Kategorie fielen die auf die Untersuchung bezüglichen, gegen Bezirksanwalt Streuli erhobenen Vorwürfe der fahrlässigen Amtspflichtverletzung und des Missbrauchs der Amtsgewalt, die Vorwürfe nämlich:

a. dass derselbe es unterlassen habe, die Strafakten betreffend den zuerst wegen des Mordes in Untersuchung gezogenen Italiener Albertini vom Jahre 1879 beizuziehen, nach dem zweiten Rasiermesser dieses Albertini nachzuforschen, ein Signalement desselben zu den Akten zu erheben, sowie die Arbeitgeber des Bolliger über die Aufführung desselben zu befragen;

b. dass Streuli den Entschluss, den Albertini freizulassen, schon gefasst habe, bevor ein Rapport betreffend Nachfragen in der Rheinfelderhalle eingegangen sei;

c. dass Bolliger einmal bei einem Verhör, bei dem er sich nicht schuldig bekennen wollte, im Beisein der Bezirksanwälte Streuli und Schnorf von einem Polizisten geprügelt worden sei;

d. dass Streuli die (vor Schwurgericht nicht einvernommene) Zeugin Frau Steiner eingeschüchtert und dadurch zur Abschwächung ihres den Albertini belastenden Zeugnisses gebracht habe.

Unter die zweite Kategorie fielen die folgenden Beschwerdepunkte:

e. dass eine Aussage des Zeugen Bankler, wodurch er ebenfalls eine den Albertini belastende Deposition abschwächte, auch auf Drohungen und Einschüchterungen des Bezirksanwaltes Streuli beruhe;

f. dass das nämliche für eine gleiche Angabe des Zeugen Dressel zutreffe;

g. h. u. *i.* dass sich Streuli selbst mehrfach vor Schwurgericht des falschen Zeugnisses schuldig gemacht, indem er ausgesagt habe:

es sei gegenüber Albertini nichts Belastendes betreffend eine unsaubere Neigung zu Kindern konstatiert worden;

es sei nicht angegangen, den Bolliger zu den Zeugenverhören zuzuziehen, weil die Untersuchung sich gegen mehrere Angeschuldigte gerichtet habe;

es sei der Mangel eines Alibibeweises für Albertini bei der gesellschaftlichen Abschliessung desselben nichts Auffallendes (Erwägung 2).

Übrigens seien diese Beschwerdepunkte in der Hauptsache auch thatsächlich unbegründet, wie dann des nähern einlässlich ausgeführt wird (Erwägung 3). Eine Anzahl weiterer Behauptungen — wird sodann (in Erwägung 4) bemerkt — nämlich:

a. dass das Zeugnis der Frau Esslinger auf ungebührliche Beeinflussung durch Bezirksanwalt Streuli zurückzuführen und überdies ein wissentlich falsches gewesen sei;

b. dass die geschiedene Frau des Bolliger, Elise geb. Oggenfuss, sich des falschen Zeugnisses schuldig gemacht habe;

c. dass eine Reihe von Zeugenaussagen, die den Angeklagten belasteten, nur deswegen zum Nachteile desselben ausgefallen seien, weil der Untersuchungsbeamte in fahrlässiger Verletzung seiner Amtspflichten (§ 212 des Strafgesetzbuches) die betreffenden Zeugen in der Untersuchung entgegen der Vorschrift von § 784 des Rechtspflegegesetzes abgehört habe,

wären an sich relevant, allein die Vorwürfe seien thatsächlich nicht gerechtfertigt. Weder dafür, dass Frau Esslinger in unzulässiger Weise in ihrem Zeugnis beeinflusst worden sei, noch auch dafür, dass sie oder Frau Bolliger-Oggenfuss wissentlich falsch ausgesagt hätten, lägen genügende Anhaltspunkte vor, und was den aus § 784 des Rechtspflegegesetzes gegen den Bezirksanwalt Streuli erhobenen Vorwurf betreffe, so könne in jener Unterlassung nicht eine fahrlässige Amtspflichtverletzung im Sinne des § 212 des Strafgesetzbuches gefunden werden; sondern es sei dieselbe lediglich auf Pflichteifer, auf das Bestreben, die materielle Wahrheit zu Tage zu fördern, zurückzuführen, so dass das zum Thatbestande einer strafbaren Handlung erforderliche subjektive Moment fehle. Der Sinn der Ziff. 3 des § 1103 des Rechtspflegegesetzes sodann gehe offenbar dahin, dass Restitution in allen Fällen zu urteilen sei, in denen neue Beweismittel entdeckt würden, welche, wenn im Verfahren selbst schon geltend gemacht, wahrscheinlich einen den Angeklagten günstigeren Spruch herbeigeführt hätten. Nicht notwendig sei, dass der Verurteilte geradezu den Wahrscheinlichkeitsbeweis dafür, dass er unschuldig oder weniger schuldig sei, erbringe; sondern es genüge, wenn das Belastungsmaterial, das zur Schuldigerklärung führte, durch neu aufgefundene Beweismittel dermassen abgeschwächt werde, dass bei einer Wiederholung des Verfahrens wahrscheinlich ein anderes Resultat zu erwarten sei (Erwägung 5). Allein auch bei dieser dem Restitutionspetenten möglichst günstigen Auslegung des Gesetzes lasse sich eine Gutheissung des Wiederherstellungsbegehrens nicht rechtfertigen. Es verstehe sich von selbst, dass Beweismittel, die zur Zeit der Ausfällung des Urteils schon vorhanden und zugleich dem Angeklagten bezw. seinem Verteidiger bekannt gewesen seien, zur Begründung eines Restitutionsgesuches nach § 1103, Ziff. 3, l. c., nicht benutzt werden könnten. Eine grössere Anzahl von Restitutionsmomenten falle schon aus diesem Grunde weg, und es kämen nur noch in Betracht:

a. die Aussagen verschiedener Zeugen über das Vorleben des Albertini;
b. diejenigen des Albert Thomann über eine Begegnung mit Albertini am Abend des 5. November 1894;
c. die Angaben des Stadtpolizisten Frey über die Zeit, während der sich Bolliger an jenem Abend auf dem Posten „Prediger" befunden habe.

Es könne nun aber die Frage, ob durch diese Aussagen die Aktenlage wesentlich zu gunsten des Bolliger und zu ungunsten des Albertini verändert worden sei, unmöglich bejaht werden, was dann eingehend unter sorgfältiger Prüfung und Vergleichung der betreffenden Aussagen mit dem übrigen Akteninhalt und unter Berücksichtigung der Glaubwürdigkeit der Zeugen begründet wird (Erwägung 6).

Eine Minderheit des Obergerichts (5 Mitglieder von 10; der Präsident gab den Ausschlag) hatte dem Restitutionsbegehren entsprechen wollen, und zwar gestützt auf § 1103, Ziff. 3, des Rechtspflegegesetzes. Zur Begründung nahmen nicht alle Mitglieder der Minderheit den nämlichen Standpunkt ein. Zwar darin stimmten sie überein, dass als neue Beweismittel auch solche zu betrachten seien, die, wenn sie auch dem Angeklagten oder seinem Verteidiger bekannt gewesen, doch dem Richter nicht vorgelegen seien. Sie zogen deshalb das ganze Beweismaterial in Berücksichtigung und kamen dabei zu dem Schlusse, dass das Urteil wahrscheinlich anders lautete, wenn den Geschwornen alle Ergebnisse der Untersuchung und ferner auch die Resultate der Beweisaufnahme im Restitutionsverfahren vorgelegt würden. In dem „Warum" dagegen geht die Minderheit auseinander, indem eine Gruppe glaubt, dass aus einer sorgfältigen Vergleichung der in Bezug auf die Begehung der That feststehenden Zeitpunkte mit den Zeugenaussagen darüber, wo und wann Bolliger in der kritischen Zeit gesehen worden ist, dessen Alibi sich ergebe, während die andere Gruppe meint, dass die Geschwornen zu ihrem Schuldig nur gekommen seien, weil sie ein Sittlichkeitsverbrechen für ausgeschlossen hielten, welche Annahme durch die Aussagen der Kinder Helene Weyers und Ida Hasb jedenfalls erschüttert worden wäre.

C. Gegen das am 29. Mai den Parteien mitgeteilte Restitutionsurteil erhob nun mit Eingabe vom 12. Juni 1896 namens des Adolf Bolliger Advokat G. Wolf Beschwerde beim Bundesgericht. Er beantragt, es sei nichtig zu erklären:

1. das schwurgerichtliche Urteil selbst;
2. die ganze Voruntersuchung, soweit sie im Widerspruch mit Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung durchgeführt wurde;
   eventuell:
3. der Entscheid des Obergerichts vom 29. April 1896 und damit auch das schwurgerichtliche Urteil mit Anweisung an das Obergericht des Kantons Zürich, den Fall einer neuen Jury vorzulegen.

Unter Verweisung auf eine von ihm verfasste Broschüre behauptet der Anwalt des Bolliger zunächst, dass die Nichtschuld des Verurteilten sonnenklar erwiesen und dass Albertini der Mörder der Priska Bolliger sei. Sodann wird geltend gemacht: der Rekurs gegen das schwurgerichtliche Urteil und die Voruntersuchung stütze sich auf Art. 4 und 5 der Bundesverfassung und Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung. Derselbe sei nicht verspätet, weil die Verletzung des Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung zum Gegenstand des Restitutionsgesuches gemacht worden, und weil zudem eine schriftliche Eröffnung des Kassationsurteils an Bolliger oder seinen Verteidiger nie erfolgt sei, und der Umstand, dass die Parteien bei der Beratung des Kassationsgerichts anwesend gewesen seien, nicht

in Betracht fallen könne, weil die schriftliche Ausfertigung teilweise von den mündlichen Voten abweiche. Das Kassationsgericht habe anerkannt — wird weiterhin in der Sache selbst bemerkt — dass eine wesentliche Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Bolliger stattgefunden habe, und sei nur deshalb nicht zur Aufhebung des Urteils gelangt, weil es sich nicht für befugt betrachtet habe, Akte eines Untersuchungsbeamten zu vernichten. Was aber das zürcherische Kassationsgericht nicht gekonnt, das könne hoffentlich das Bundesgericht, da dieses sowohl administrative, wie gerichtliche Entscheide annullieren könne. Ein Verzicht des Bolliger auf das Recht, den Zeugenverhören beizuwohnen, liege nicht vor, und die Annahme der Kassationsbehörde, derselbe hätte gegen das verfassungswidrige Verhalten an die Staatsanwaltschaft und auch an die Regierung rekurrieren sollen, dürfe nicht beachtet werden, da er von einem solchen Rekursrecht nichts gewusst und sein Verteidiger von der Verfassungsverletzung erst Kenntnis erhalten habe, nachdem die Anklage erhoben, die Sache somit definitiv in den Machtbereich der Gerichte übergegangen und eine Rekurserhebung wegen Fehlern in der Untersuchung nicht mehr möglich gewesen sei. — Der eventuelle Antrag stützt sich auf Art. 4 und 5 der Bundesverfassung und wird unter Verweisung auf die Restitutionseingaben folgendermassen begründet: Der Entscheid des Obergerichts vom 29. April 1896 sei in seiner Totalität eine Rechtsverweigerung, eine wesentliche Beeinträchtigung des Verteidigungsrechts, indem dem Bolliger grundlos verweigert worden, seine Nichtschuld in einem neuen Schwurgerichtsverfahren zu beweisen. Insbesondere wird bemerkt:

Zu Erwägung 2 des Entscheides: Die Argumentation des Obergerichts, dass das Zeugnis des Bezirksanwalts Streuli vor Schwurgericht unerheblich sein soll, sei nicht anzuerkennen. Es liege auf der Hand, dass, wenn Streuli über Albertini die volle Wahrheit gesagt hätte, dies die Überzeugung der Geschwornen von der Schuld des Bolliger hätte abschwächen müssen.

Zu Erwägung 3 g: Es werde daran festgehalten, dass Streuli vor Schwurgericht mit Bezug auf das Vorleben des Albertini falsches Zeugnis abgelegt habe, indem die Auslegung, die das Gericht der Aussage gegeben, eine willkürliche sei.

Zu Erwägung 3 i: Streuli habe vor Schwurgericht allerdings die Bemerkung gemacht, Albertini sei bei seinem Alibibeweis auf Widersprüche gestossen. Aber er habe diese Widersprüche nicht substanziiert, sondern sogar entschuldigt und dadurch einen ganz andern Eindruck über den Albertini hervorgerufen, als wenn er die volle Wahrheit gesagt hätte.

Zu Erwägung 4 a: Rekurrent habe nachgewiesen, dass das Zeugnis der Frau Esslinger jedenfalls objektiv unrichtig, und Beweise dafür angeführt, dass die Zeugin eine lügnerische Person sei. Alles das habe das Obergericht ignoriert. Übrigens genüge es nach der zürcherischen Praxis zur Herstellung des Restitutionsgrundes des § 1103, Ziff. 1, wenn das falsche Zeugnis auch nur wahrscheinlich gemacht sei. Eventuell hätte das Obergericht die Leumundszeugnisse über Frau Esslinger als Restitutionsgrund im Sinne § 1103, Ziff. 3, würdigen sollen.

Zu Erwägung 4 c: Es könne nicht zugegeben werden, dass die systematische und planmässige Verletzung des § 784 des Rechtspflegegesetzes durch Streuli keine fahrlässige Amtspflichtverletzung gewesen.

Zu Erwägung 6: Der Satz, dass Beweismittel, die schon zur Zeit der Ausfällung des Urteils vorhanden und zugleich dem Angeklagten bezw. seinem Verteidiger bekannt gewesen seien, zur Begründung eines Restitutionsbegehrens nicht benützt werden könnten, sei unrichtig, wie sich aus einer Vergleichung mit

der bezüglichen, die Civilurteile betreffenden Bestimmung, die ausdrücklich einen solchen Satz aufstelle, sowie daraus ergebe, dass nach § 1105 auch der Staatsanwalt zu gunsten eines Verurteilten die Restitution einlegen könne, was zu der Frage führe, ob nun der Staatsanwalt oder der Verurteilte die neuen Beweise früher nicht gekannt haben dürfe, und dass ferner nach §§ 1106 und 1107 die Staatsanwaltschaft und das Restitutionsgericht, wenn der Verurteilte Restitution verlangt, weitere Erhebungen machen können, die dann unter Umständen, wenn sie dem Verurteilten schon bekannt gewesen, keinen Sinn hätten. Eine Würdigung der neuen Beweismittel nun führe, in Verbindung mit dem übrigen Beweismaterial, dazu, dass Albertini, nicht Bolliger der Mörder der Priska Bolliger gewesen sei. Sollte man aber auch den vom Rekurrenten eingenommenen Standpunkt nicht teilen, so sei zu sagen, dass Bolliger die sehr wichtigen Zeugnisse der Helene und der Frau Weyers, der Ida Haab, der Frau Steiner und der Frau Bickel vor und bei der Schwurgerichtsverhandlung nicht gekannt habe, da er zu deren Einvernahme von dem Bezirksanwalt nicht beigezogen worden sei und eine nochmalige Abhörung vor Schwurgericht nicht stattgefunden habe. Denn es könne dem Rekurrenten doch nicht zum Nachteil gereichen, wenn sein Verteidiger, der die Zeugenaussagen allerdings gekannt haben müsse, in zu grossem Vertrauen auf das übrige Entlastungsmaterial die Einvernahme dieser Zeugen nicht verlangt habe.

Zu Erwägung 6 a: Es sei unbegreiflich, wie das Obergericht sagen könne, die Anführung einer Mehrzahl seit der Schwurgerichtsverhandlung bekannt gewordener Sittlichkeitsdelikte des Albertini hätte die Sachlage nicht geändert, da das gravierendste aus dem Vorleben desselben, sein Vergehen aus dem Jahre 1879, den Geschwornen bekannt gewesen sei. Dieses Argument besage nichts anderes, als dass die damaligen Geschwornen den Bolliger sowieso verurteilt hätten. So dürfe man aber einem zu lebenslänglichem Zuchthaus Verurteilten gegenüber nicht argumentieren. Es brauche nur auf die Schilderung des sittlichen Verhaltens des Albertini, wie sie der Staatsanwalt selbst in seiner Antwort auf das Restitutionsgesuch niedergelegt habe, verwiesen zu werden, um einzusehen, dass eine neue Jury wahrscheinlich den Albertini als der That fähig betrachten würde.

Zu Erwägung 6 b: Wenn auch der den Albertini belastende neue Zeuge Thomann ein zweifelhafter Mensch sei, so spreche doch nichts dafür, dass er im vorliegenden Falle die Unwahrheit gesagt habe, zumal da seine Aussage innerlich wahrscheinlich sei.

Zu Erwägung 6 c: Ganz unbegreiflich sei die Würdigung des neu erhobenen Zeugnisses des Polizisten Frey. Es sei undenkbar, dass die Geschwornen sich die Ausführung der That so vorgestellt hätten, wie das Obergericht, abweichend von der Annahme der Staatsanwaltschaft, supponiere. Das Obergericht insinuiere, um die Aussage des neuen Zeugen zu eliminieren, den Geschwornen eine ganz unglaubliche Annahme, die gerade mit demjenigen Momente in Widerspruch falle, dass nach der ganzen Prozedur als das feststehendste sich darstelle, dem Moment nämlich, dass der Mann, der vor 8 Uhr am Abend des 5. November im Stadlerschen Gute erblickt worden war, die Leiche des Kindes dorthin verbracht habe. Der Restitutionsrichter dürfe nun aber nicht den Geschwornen beliebige, den Akten fremde Motive unterschieben, und so beruhe die Ausschaltung des Zeugnisses Frey, nach dem jener Mann unmöglich Bolliger habe sein können, auf Willkür.

In einem Nachtrag vom 17. Juni 1896 wird noch angebracht, dass nach der Gerichtspraxis das Kassationsgericht auch ohne vorgängigen Rekurs befugt sei, auf Nichtigkeitsbeschwerde hin Handlungen von Untersuchungsbeamten, speciell

Zeugenverhöre, die in Widerspruch mit Art. 6 der Staatsverfassung vorgenommen worden sind, aufzuheben, und dass ferner nach Erhebung der Anklage ein Rekurs an die Staatsanwaltschaft, eventuell den Regierungsrat wegen solcher Fehler nicht mehr möglich sei, wenn einmal die Gerichte mit der Sache behelligt seien (Stränli, Kommentar zu § 874 Nr. 4 und zu § 1070 Nr. 4 des Rechtspflegegesetzes).

D. Mit Eingabe vom 4. Juli 1896 ersuchte das Obergericht des Kantons Zürich um Abweisung des Rekurses. Es müsse dies schon deshalb geschehen, weil der Rekurrent nicht im stande sei und auch nicht ernsthaft den Versuch unternommen habe, nachzuweisen, dass durch den Restitutionsentscheid selbst irgend eine Verfassungsbestimmung verletzt worden sei. Wenn erklärt worden sei, die Ausserachtlassung der Bestimmung des Art. 6 der zürcherischen Kantonsverfassung bilde keinen Restitutionsgrund, so habe das Obergericht damit eine kantonale Gesetzesbestimmung angewendet, aber gewiss nicht die Verfassung verletzt. Mit der Behauptung, der Entscheid des Obergerichts enthalte eine Rechtsverweigerung, sei nichts gesagt; vielmehr hätte angegeben werden müssen, welche verfassungsmässigen Rechte des Beschwerdeführers durch die Abweisung des Restitutionsgesuches eigentlich verletzt worden sein sollen, der Entscheid sei übrigens nur nach reiflicher Prüfung und gewissenhaftester Erwägung des Falles nach seiner thatsächlichen und rechtlichen Seite hin gefällt worden, wofür auf dessen Begründung abgestellt werden dürfe. Den Anbringen in der nachträglichen Eingabe des Rekurrenten gegenüber sei darauf aufmerksam zu machen, dass der Vorwurf, das Kassationsgericht habe sich in Widerspruch mit seiner Praxis gesetzt, kaum begründet sei, denn die angeführten Urteile bezögen sich alle auf korrektionelle und nicht auf schwurgerichtliche Fälle, die sich in dem wesentlichen Punkte von den schwurgerichtlichen unterschieden, dass bei ihnen der Richter auf Grund der schriftlichen Akten urteile, während bei dem Verfahren vor Schwurgericht die Geschwornen ihre Überzeugung unmittelbar aus der mündlichen Beweisverhandlung schöpften. Ohne dass näher auf das Thatsächliche des Falles und auf die Kritik eingetreten wird, die der Rekurrent am Restitutionsentscheid, sowie am schwurgerichtlichen und am Kassationsurteil übt, wird nur die Behauptung zurückgewiesen, dass jetzt schon sonnenklar die Nichtschuld Bolligers erwiesen sei. Im übrigen wird auf die Vernehmlassung der Staatsanwaltschaft verwiesen. Hier wird in erster Linie dagegen Einsprache erhoben, dass die Broschüre des Advokaten Wolf, die er über den Fall geschrieben und auf die er in seiner Beschwerde Bezug genommen habe, als eine aktenmässige Darstellung der Ergebnisse der Untersuchung oder als eine unparteiische kritische Schilderung der Thatsachen aufgefasst werde. Sodann wird geltend gemacht, dass die Beschwerde, soweit sie sich gegen das schwurgerichtliche und das Kassationsurteil richte, verspätet sei, insbesondere auch soweit eine Verletzung des Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung behauptet werde. Die Vorwürfe sodann, die gegen die Restitutionsinstanz erhoben würden, bezögen sich bloss auf eine angebliche Gesetzesverletzung, nicht aber auch auf eine Verfassungsverletzung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Die Kompetenz des Bundesgerichtes ist gegeben, da der Rekurrent behauptet, durch die angefochtenen Urteile in den verfassungsmässigen Rechten, die ihm durch Art. 4 und 5 der Bundesverfassung und Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung gewährleistet seien, verletzt worden zu sein.

2. Der Rekurs richtet sich in erster Linie gegen das schwurgerichtliche Urteil vom 6. April 1895, das zwar nicht deshalb angefochten wird, weil im schwurgerichtlichen Verfahren oder durch das Urteil selbst eine Verfassungsbestimmung zu ungunsten des Rekurrenten missachtet worden sei, sondern deshalb, weil im Untersuchungsverfahren eine Verletzung des Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung stattgefunden habe, indem entgegen dieser Vorschrift — die auch in § 784 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes Aufnahme gefunden habe — der Angeschuldigte Bolliger zu der Einvernahme einer Anzahl von Zeugen nicht beigezogen worden sei. Die angezogene Bestimmung ist in der That vom Untersuchungsbeamten, dem Bezirksanwalt Streuli, verletzt worden, wie auch das Kassationsgericht in seinem Urteil vom 24. Juni 1895 anerkannt hat. Zur Anfechtung des schwurgerichtlichen Urteils kann jedoch dieser Umstand nicht mehr verwendet werden, weil diesbezüglich die zur Erhebung eines staatsrechtlichen Rekurses beim Bundesgericht im Interesse der allgemeinen Rechtsordnung vorgeschriebene 60tägige Frist (Art. 178, Ziff. 3, O.-G.) nicht eingehalten worden ist. Zwar ist der Anfangstermin dieser Frist nicht auf das Datum der Eröffnung des schwurgerichtlichen Urteils selbst, also auf den 5. April 1895, zu verlegen, da der Rekurrent zuerst wegen der behaupteten Rechtsverletzung den Weg der Nichtigkeitsklage vor der zürcherischen Kassationsbehörde betreten und von dieser die Aufhebung des schwurgerichtlichen Verfahrens und Urteils nachgesucht hat, und da die angerufene kantonale Behörde kompetent war, materiell den Beschwerdepunkt zu prüfen, was auch thatsächlich geschehen ist. In solchen Fällen ist nämlich nach feststehender bundesgerichtlicher Praxis (vgl. z. B. A. S., Bd. XV, S. 104) ein staatsrechtlicher Rekurs wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte, wenn er innert 60 Tagen vom Erlass des Entscheides der zunächst angerufenen kantonalen Behörde an erhoben wird, nicht verspätet. Allein auch diese Frist hat der Rekurrent versäumt: das denselben mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde abweisende Urteil des Kassationsgerichts ist ihm sofort bei der Ausfällung, am 24. Juni 1895, eröffnet worden, wie in der Rekurseingabe selbst anerkannt ist, indem zugegeben wird, dass die Parteien zu den Verhandlungen des Kassationsgerichts beigezogen worden sind und denselben beigewohnt haben. Der Rekurrent kann sich deshalb nicht darauf berufen, dass er eine schriftliche Ausfertigung jenes Urteils nicht erhalten habe, und ebenso unerheblich ist es, dass, wie behauptet wird, diese in der Begründung mit den mündlichen Voten teilweise nicht übereinstimme. Hieran kann auch der Umstand nichts ändern, dass der Rekurrent innert 60 Tagen nach Ausfällung des Kassationsurteils beim zürcherischen Obergericht um Restitution eingekommen ist. Mit dem Wiederherstellungsgesuche wollte und konnte nicht etwa das den Rekurrenten abweisende Kassationserkenntnis mit Bezug auf die behauptete Verfassungsverletzung vor einer weiteren kantonalen Instanz angefochten werden. Vielmehr hatte es vom Standpunkt des *kantonalen* Rechtes aus bei jenem Urteile im fraglichen

Punkte sein Bewenden, wie denn auch die Ergreifung des Rechtsmittels der Restitution nicht die Rechtskraft des Urteils der Kassationsbehörde und an sich auch nicht die Vollziehung des schwurgerichtlichen Urteils zu hemmen vermochte. Es stand somit dem Rekurrenten gegenüber den letztern beiden Urteilen nur noch der *bundesrechtlich* vorgesehene Rekurs an das Bundesgericht zu Gebote, der jedoch innert 60 Tagen nach Eröffnung des angefochtenen Urteils hätte erhoben werden sollen. Es kann deshalb auf die Frage, ob das Urteil des Schwurgerichts wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte des Rekurrenten aufgehoben werden könnte, wegen Versäumung der Rekursfrist materiell nicht eingetreten werden.

3. Damit ist aber auch der zweite Antrag des Rekurrenten, es sei die Voruntersuchung als nichtig zu erklären, soweit sie in Widerspruch stehe mit Art. 6 der zürcherischen Staatsverfassung, im gleichen Sinne erledigt. Ein Rekurs hiergegen hätte spätestens ebenfalls innert 60 Tagen nach der Eröffnung des kassationsgerichtlichen Urteils erhoben werden müssen, was nicht geschehen ist. Die Aufhebung einzelner Voruntersuchungshandlungen hätte übrigens auch keinen Sinn mehr, nachdem festgestellt ist, dass das schwurgerichtliche Urteil auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses nicht mehr angefochten werden kann.

4. Es bleibt danach nur der dritte Antrag des Rekurrenten übrig, der sich gegen den Restitutionsentscheid des Obergerichts richtet. Der Rekurs gegen diesen Entscheid ist nicht verspätet. Letzterer wurde am 29. Mai den Parteien mitgeteilt. Die Rekurseingabe wurde am 13. Juni 1896, also rechtzeitig, der Post übergeben.

Der Rekurrent beruft sich zur Begründung ausdrücklich auf Art. 4 und 5 der Bundesverfassung. In letzterer Bestimmung wird allgemein ausgesprochen, dass den Bürgern ihre verfassungsmässigen Rechte gewährleistet werden. Welches diese Rechte seien, darüber enthält dieser Artikel nichts. Somit kann diesbezüglich bloss Art. 4 in Betracht fallen, der den Grundsatz aufstellt, dass alle Bürger vor dem Gesetze gleich seien. Nun wird zwar nicht behauptet, dass in formeller Beziehung im vorliegenden Falle dieser Grundsatz verletzt worden sei, in der Weise, dass gegenüber Bolliger nicht das gewöhnliche Verfahren beobachtet worden wäre, sondern es wird bloss geltend gemacht, dass materiell durch das angefochtene Urteil jener Grundsatz verletzt worden sei, m. a. W., dass dasselbe zu ungunsten des Bolliger eine (materielle) Rechtsverweigerung enthalte. Bei Prüfung dieser Frage nun ist zunächst vorauszuschicken, dass, wenn dieselbe auch bejaht werden müsste, die Folge doch nur die wäre, dass das Restitutionsurteil vom 29. April 1896 aufgehoben und das Restitutionsgesuch zu neuer Behandlung an das zürcherische Obergericht zurückgewiesen würde; keineswegs aber könnte vom Bundesgerichte gleichzeitig auch das schwurgerichtliche Urteil, das in Rechtskraft erwachsen ist, aufgehoben werden, dies stünde einzig der Restitutionsbehörde zu, wenn sie bei erneuter Prüfung der Sache fände, dass wirklich

ein Restitutionsgrund vorhanden sei. Des weiteren ist daran zu erinnern, dass von einer auf dem Wege des staatsrechtlichen Reknrses anfechtbaren Rechtsverweigerung nach bundesgerichtlicher Praxis nur dann gesprochen werden könnte, wenn in willkürlicher Weise, ans nicht in der Sache selbst liegenden Gründen oder in Missachtung klarer Gesetzesvorschriften dem Rekurrenten das Recht vorenthalten worden wäre. Keineswegs aber kann es dem Bundesgerichte zustehen, ein von einem kantonalen Gerichte in Anwendung oder Auslegung kantonalen Rechts ausgefälltes Urteil im allgemeinen anf seine materielle Richtigkeit zu prüfen. Von diesen Gesichtspunkten aus kann zunächst die Behauptung, dass der angefochtene Entscheid in seiner Totalität eine Rechtsverweigernng gegenüber dem Reknrrenten enthalte, nicht weiter in Betracht gezogen werden, da dieselbe offenbar lediglich auf eine Überprüfung der materiellen Richtigkeit jenes Entscheides abzielt. Vielmehr ist lediglich zu untersuchen, ob in den einzelnen, namhaft gemachten Punkten das Obergericht in willkürlicher Weise über den § 1103 des zürcherischen Rechtspflegegesetzes, der die Restitutionsgründe aufzählt, sich hinweggesetzt habe, wenn es dem Rekurrenten die Restitution verweigerte. Diese Bestimmung lautet in den in Betracht fallenden Stellen, es könne gegen ein verurteilendes Erkenntnis Wiederherstellung in den frühern Stand verlangt werden: 1. wenn es sich zeige, dass dnrch ein Verbrechen zum Nachteile des Verurteilten auf das Ergebnis des betreffenden Strafverfahrens eingewirkt worden sei; nnd 3. wenn seit Ansfällung des Urteils Beweismittel aufgefnnden worden seien, ans welchen mit hoher Wahrscheinlichkeit hervorgehe, dass das Verbrechen von einem andern als dem Verurteilten verübt, oder dass ein Verbrechen überall nicht oder nicht in dem bezeichneten Umfange begangen worden sei. Nun kann aber zunächst die Auslegung, welche das Obergericht der Ziffer 1 des § 1103 gegeben hat, dass nämlich der hier vorgesehene Restitutionsgrund, abgesehen von dem nicht in Betracht kommenden Fall, dass ein Richter oder ein Geschworner sich einer strafbaren Rechtsbeugung schuldig gemacht habe, nur zntreffe, wenn das betreffende Strafverfahren Akte aufweise, die auf einem Delikt beruhen und zugleich für die Benrteilung des Falles Bedeutung haben, nicht als willkürlich oder dem klaren Wortlaut der Bestimmung widersprechend bezeichnet werden. Der Rekurrent nimmt dann auch selbst an dieser dem Wortlaut gegenüber allerdings etwas einschränkenden, aber sachlich wohl begründeten Auslegung keinen Anstoss, sondern beschwert sich bloss darüber, dass das Obergericht in verfassungswidriger Weise die prozessualisch erstellten Thatsachen nicht unter jene gesetzlichen Bestimmungen subsumiert habe. Die daherigen Beschwerdepunkte richten sich grösstenteils gegen den Bezirksanwalt Streuli, der sich einmal in der Voruntersuchung in mehrfacher Hinsicht des Vergehens fahrlässiger Amtspflichtverletznng und des Missbrauchs der Amtsgewalt schuldig gemacht, dann anch Zeugen, die vor Schwurgericht einvernommen worden seien, beeinflusst und endlich selbst falsches Zeugnis abgelegt habe. Im übrigen wird der letztere

Vorwurf auch erhoben gegenüber den Zeugen Frau Esslinger und Frau Bolliger - Oggenfuss. Wenn nun aber das Obergericht erklärte, der grösste Teil dieser Beschwerdepunkte sei schon deshalb unerheblich, weil nicht anzunehmen sei, dass die betreffenden Thatsachen einen Einfluss auf das Urteil der Geschwornen ausgeübt hätten, wenn es ferner ausführte, es seien zudem diese Vorwürfe materiell im wesentlichen unbegründet, und wenn es schliesslich aussprach, dass auch die an sich relevanten Behauptungen der thatsächlichen Grundlage entbehrten, so kann hierin überall nichts als eine rechtliche Würdigung des vorhandenen Prozessmaterials erblickt werden, zu der der urteilende Richter allein kompetent war und die nur angefochten werden könnte, sofern dargethan wäre, dass dieselbe eine rein willkürliche gewesen sei. Dies trifft aber nicht zu. Weder lässt es sich sagen mit Bezug auf die Ausführungen des Obergerichts über die Relevanz der behaupteten Thatsachen, noch auch hinsichtlich der Ausführungen, wonach der Vorwurf verworfen wurde, dass sich gewisse Zeugen, darunter Bezirksanwalt Streuli, des Vergehens falscher Aussage, und dass sich letzterer ferner des Missbrauchs der Amtsgewalt, sowie strafbarer Amtspflichtverletzung schuldig gemacht habe. Gerade in letzterer Beziehung sind die Schlüsse, zu denen das Obergericht gelangt, sachlich wohl begründet, und wenn auch eine andere Würdigung der Thatsachen nicht überall ausgeschlossen erscheint, so hat doch der Rekurrent keineswegs darzuthun vermocht, dass das Obergericht willkürlich verfahren sei, wenn es den Beweis für die behaupteten Delikte — der übrigens wohl nur durch ein Strafurteil in unanfechtbarer Weise hätte erbracht werden können — als nicht geleistet erklärt hat.

Aber auch die Verwerfung des Restitutionsgrundes in Ziffer 3 des § 1103 des Rechtspflegegesetzes enthält keine Rechtsverweigerung zu ungunsten des Rekurrenten. Zunächst widerspricht wiederum die Auslegung, die das Obergericht der Bestimmung mit Bezug auf den Begriff neu aufgefundener Beweismittel hat angedeihen lassen, dem Wortlaute des Gesetzes keineswegs. Auch hier hat man es mit einer Frage der Auslegung des kantonalen Gesetzes zu thun, dessen Text gegen die Lösung derselben, wie sie im obergerichtlichen Urteile begründet ist, nicht verwendet werden kann, da nirgends darin eine entgegenstehende Definition des fraglichen Begriffs zu finden ist. Ebensowenig kann gesagt werden, dass die Interpretation des Obergerichts eine rein willkürliche, nicht im Rahmen blosser Gesetzesauslegung liegende und dass das Obergericht aus andern als rein sachlichen Gründen zu der im Urteil niedergelegten Lösung der Frage gelangt sei. Das nämliche trifft dann aber ferner auch zu hinsichtlich der Aufstellung des Obergerichts, dass als neue Beweismittel im Sinne des § 1103, Ziff. 3, des Rechtspflegegesetzes die Aussagen derjenigen Zeugen nicht betrachtet werden könnten, die in der Untersuchung abgehört, aber zur schwurgerichtlichen Verhandlung nicht mehr vorgeladen worden seien. Auch hier handelt es sich lediglich um die Auslegung und Anwendung des Begriffs neu aufgefundener Beweismittel,

welche das Bundesgericht beim Fehlen einer klaren Bestimmung des zürcherischen Gesetzes und beim Mangel jeglicher Anhaltspunkte für ein rein arbiträres Verfahren der urteilenden Instanz nicht nachzuprüfen hat. Was dann die vom Obergericht vorgenommene Würdigung der nach seiner Ansicht neu aufgefundenen Beweismittel betrifft (Erwägung 6 *a*), so enthalten die Ausführungen des Rekurrenten über die Bedeutung der Zeugenaussagen betreffend das Vorleben des Albertini lediglich eine Kritik der Begründetheit der Anschauung des zur Sache kompetenten Richters hinsichtlich der Bedeutung gewisser Thatumstände für die Frage des mutmasslichen Erfolges der Wiederaufnahme des Verfahrens. Hierin kann aber, auch wenn die Anschauung des Richters anfechtbar erscheint, eine Rechtsverweigerung im Sinne des Art. 4 der B.-V. nicht erblickt werden. Das nämliche ist zu sagen über die Einwendungen, die der Rekurrent gegen die Würdigung der Aussage des Zeugen Thomann (Erwägung 6 *b*) erhebt. Es handelt sich hier lediglich um die Prüfung der Glaubwürdigkeit des genannten Zeugen, was ausschliesslich Aufgabe des in der Sache zuständigen Richters ist. Endlich ist auch die Frage über die Bedeutung der Aussagen des Zeugen Frey (Erwägung 6 *c*) durch das Bundesgericht nicht zu überprüfen, da nur der zuständige kantonale Richter darüber entscheiden kann, ob ein wirklich neu aufgefundenes Beweismittel genügend sei, um gemäss § 1103, Ziff. 3, des Rechtspflegegesetzes die Restitution zu begründen. Davon, dass hierbei der kantonale Richter gegen klares Gesetzesrecht verstossen hätte, kann von vornherein keine Rede sein. Ebensowenig ist ersichtlich, dass sich derselbe bei seinem diesbezüglichen Entscheide von ausserhalb der Sache liegenden Gründen hätte leiten lassen. Die Annahme, die Geschworenen hätten sich von dem Hergang bei der That ein etwas anderes Bild gemacht als der Staatsanwalt, mag eine irrige sein; ein Willkürakt im Sinne der Rechtsverweigerung ist diese Reflexion, die der Richter in Würdigung des gesamten Aktenmaterials des Falles gemacht hat, nicht. Es würde diese Annahme sich völlig in Widerspruch setzen mit der einlässlichen und gründlichen Behandlung, die das Restitutionsgesuch nach den eingelegten Akten und besonders auch nach dem Urteil beim Obergericht gefunden hat.

Somit muss auch in dieser Richtung der Rekurs des Bolliger gegen das Restitutionsurteil abgewiesen werden. Gewichtige Zweifel über die Richtigkeit des schwurgerichtlichen Urteils bleiben damit bestehen. Allein es darf wohl das Bestreben, diese Zweifel auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht zur Geltung zu bringen, bei der Sachlage, wie sie sich nach dem Restitutionsentscheide darstellte, als ein von vornherein verfehltes bezeichnet werden, indem es nicht die Aufgabe des Bundesgerichts, sondern nur diejenige der kantonalen Untersuchungs- und Aufsichtsbehörde sein kann, soweit es in ihrer Macht steht, das Dunkel, das über dem Fall immerhin noch schwebt, zu heben.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Auf den Rekurs wird nicht eingetreten, soweit damit die Aufhebung der Untersuchung und des schwurgerichtlichen Urteils vom 6. April 1896 in Sachen des Adolf Bolliger verlangt wird. Soweit sich derselbe gegen den Restitutionsentscheid des zürcherischen Obergerichts vom 29. April 1896 richtet, wird der Rekurs als unbegründet abgewiesen.

7. Urteil vom 22. Oktober 1896 in Sachen Schmidlin.

Art. 4 der Bundesverfassung. Rechtsverweigerung, begangen durch Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

A. Unterm 22. April 1896 erliess der Gerichtspräsident von Lenzburg gegen Th. Schmidlin, Direktor der schweizerischen Seethalbahn in Hochdorf, einen bedingten Strafbefehl, weil er ein Pferd in Lenzburg eingeführt habe, ohne dem Viehinspektor einen Gesundheitsschein für dasselbe abzugeben. Der Strafbefehl lautete auf 5 Fr. Busse, eventuell bei Zahlungsunvermögen 1¼ Tage Gefängnis wegen Übertretung des Art. 21 und 103, 1, der Vollziehungsverordnung zu den Viehseuchenpolizeigesetzen vom 14. Oktober 1887. Th. Schmidlin verweigerte die Annahme genannten Strafbefehls mit der Begründung, er persönlich habe nie einen Pferdetransport ausgeführt. Der Gerichtspräsident von Lenzburg erliess darauf in fraglicher Polizeisache Vorladung auf 7. Mai 1896 gegen die schweizerische Seethalbahngesellschaft in Hochdorf. Daraufhin erging am 2. Mai 1896 seitens der Seethalbahn an das Bezirksgericht Lenzburg folgendes Schreiben:

„Wir besitzen Ihre Vorladung betreffend Übertretung des Viehseuchenpolizeigesetzes und beehren uns, Ihnen mitzuteilen, dass uns leider die Zeit mangelt, um dieser Geringfügigkeit wegen vor Gericht erscheinen zu können. Da wir das, wie es scheint, staatsgefährliche Verbrechen nicht bestreiten, ersuchen wir Sie höflichst, die gesetzliche Strafe über uns zu verhängen. Hochachtend: Schweiz. Seethalbahn: Die Direktion: Schmidlin."

Am 7. Mai 1896 erkannte sodann das Bezirksgericht Lenzburg dahin, Th. Schmidlin als verantwortlicher Vertreter der Seethalbahn habe sich einer Übertretung des Art. 21 der Vollziehungsverordnung zu den Bundesgesetzen über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen schuldig gemacht und werde dafür zu 10 Fr. Busse, im Falle der Zahlungsunfähigkeit 2½ Tagen Gefangenschaft verurteilt, unter Kostenfolge.

In den Motiven wird u. a. ausgeführt, die Strafe könne nicht gegen die Bahngesellschaft ausgefällt werden, da dieselbe als juristische Person deliktsunfähig sei, sondern nur gegen diejenigen einzelnen Personen, welche wirklich am Delikt teilnahmen. Nun habe Schmidlin als verantwortlicher Direktor genannter Bahn beim Ankauf des Pferdes mitgewirkt und dessen Verbringung nach Lenzburg angeordnet; er sei daher zu strafen. — Gegen dieses Urteil erklärte Th. Schmidlin den Rekurs an das Obergericht, indem er u. a. geltend machte, zur Verhandlung vor Bezirksgericht sei nur die Seethalbahn und nicht er vorgeladen worden; nur die Bahngesellschaft habe auch erklärt, sie erscheine nicht

vor Gericht und unterziehe sich der gesetzlichen Strafe. Unterm 21. Juli 1896 wies jedoch das Obergericht den Rekurs ab, indem es u. a. ausführte, Schmidlin habe die Überführung des Pferdes nach Lenzburg angeordnet und habe daher persönlich, und nicht als Vertreter der Bahn, den Art. 21 cit. Verordnung übertreten.

B. Gegen die erwähnten Urteile erklärte Schmidlin den staatsrechtlichen Rekurs an das Bundesgericht mit dem Antrage, es seien dieselben unter Kostenfolge und Auferlegung einer Gerichtsgebühr nach Art. 221, 2., O.-G., aufzuheben.

Er führt aus: Die aarganischen Strafgerichte hätten ihn verurteilt, ohne dass er je als persönlich Beklagter verhört und ohne dass er zur erstinstanzlichen Prozessverhandlung auch nur vorgeladen worden wäre. Darin liege eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs, bezw. Rechtsverweigerung (Art. 4, B. V.).

C. Die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau beantragt Abweisung des Rekurses unter Kostenfolge. Sie führt aus: dem Rekurrenten sei durch Zustellung des Strafbefehles hinreichend bekannt gewesen, dass er für die in Frage stehende Übertretung als verantwortlicher Vertreter ins Recht gefasst werde. Er habe in seiner Zuschrift an das Gericht ausdrücklich erklärt, dass ihm die Zeit zur Teilnahme an den Prozessverhandlungen mangle, und um Ausfällung der Strafe ersucht. Aus formellrechtlichen Gründen habe das Gericht nicht die als juristische Person nicht deliktsfähige Bahngesellschaft, sondern deren Direktor Schmidlin als straffällig erklärt. Rechtsverweigerung liege nicht vor; Rekurrent sei von beiden Instanzen gehört worden.

D. Das aargauische Obergericht verzichtete auf eine Vernehmlassung.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

Zur Verhandlung vor Bezirksgericht Lenzburg ist als beklagte Partei citiert worden einzig die schweizerische Seethalbahngesellschaft. An Schmidlin ist eine solche Citation nicht ergangen. Die Antwort sodann, welche auf fragliche Citation erging (und laut welcher um Ausfällung der gesetzlichen Strafe gebeten wurde), ist zwar unterzeichnet von Schmidlin; dagegen unterzeichnet er keineswegs für sich persönlich und in eigenem Namen, sondern ganz offenbar als Vertreter der Bahn; die betreffende Erklärung (deren Text siehe sub Fakt. A) ging auch nicht etwa dahin, dass Schmidlin sich persönlich der fraglichen Strafe unterziehe; vielmehr wird daselbst erklärt, dass die Bahn die Strafe annehme. Der Text der Erklärung lässt eine andere Deutung gar nicht zu. Durch jene Vorladung war der genannten Bahngesellschaft Anlass geboten worden, in Sachen das rechtliche Gehör zu benutzen; durch ihre Erklärung vom 2. Mai 1896 hatte sie von diesem Rechte Gebrauch gemacht, bezw. auf weiteres rechtliches Gehör verzichtet. Wäre nun durch das Urteil des Bezirksgerichtes die Bahngesellschaft verurteilt worden, so hätte sie sich unter den geschilderten Umständen nicht über Verweigerung des rechtlichen Gehörs beschweren können. Dagegen erging fragliches Urteil nicht gegen die Bahn, sondern gegen Schmidlin. Dieser aber war nicht als Partei vorgeladen worden und hatte keinen Anlass gehabt, sich vor Gericht vernehmen zu lassen. Er durfte bei dieser Sachlage auch nicht

verurteilt werden. Das Urteil des Bezirksgerichtes, welches ihn trotzdem verurteilte, enthält daher zum Nachteil Schmidlins eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs. Das aargauische Obergericht hätte daher dasselbe auf Rekurs hin aufheben sollen; dies ist jedoch nicht geschehen, vielmehr hat das Obergericht noch ausdrücklich ausgesprochen, dass Schmidlin persönlich zu Strafe verurteilt sei. Es sind daher beide in Frage kommenden Urteile — dasjenige des Bezirksgerichtes Lenzburg vom 7. Mai 1896 und dasjenige des aargauischen Obergerichtes vom 21. Juli 1896 — als verfassungswidrig aufzuheben.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Der Rekurs wird als begründet erklärt und die Urteile des Bezirksgerichtes Lenzburg vom 7. Mai 1896 und des aargauischen Obergerichtes vom 21. Juli 1896 werden demnach aufgehoben.

8. Urteil vom 29. Oktober 1896 in Sachen Keller.

Art. 4 und 60 der Bundesverfassung. Inwiefern ist es verfassungsmässig statthaft, den Kläger in einer Straf- speciell Injuriensache zur Kostenvertröstung anzuhalten? Bedeutung des Prinzips der Gleichbehandlung der Schweizerbürger aus andern Kantonen mit den eigenen Kantonsbürgern.

A. Mit Schreiben vom 21. Juli 1896 zeigte J. U. Keller in Zürich der Staatsanwaltschaft des Kantons Uri an, dass Witwe Walker und ihre Tochter in Amsteg ihm einen injuriosen anonymen Brief geschrieben hätten, und beantragte Einleitung einer Untersuchung. Die Staatsanwaltschaft übermittelte das Schreiben Kellers dem Regierungsrate des Kantons Uri, der dann unterm 25. Juli 1896 beschloss, es sei das Verhöramt mit einer Untersuchung zu beauftragen, vorher aber von J. U. Keller als die Untersuchung verlangender Partei eine Kaution von 200 Fr. zu fordern. Über diese Schlussnahme beschwerte sich Keller mit Schreiben an die urnersche Standeskanzlei. Unterm 14. August 1896 erteilte darauf der Regierungsrat von Uri derselben den Auftrag, von sich aus zu antworten, dass die angefochtene Schlussnahme den bestehenden Gesetzen gemäss gefasst worden sei; wenn Keller die gestellte Bedingung nicht erfüllen wolle, stehe es ihm frei, die Klage direkt bei der Staatsanwaltschaft anzubringen. Keller gelangte darauf wieder an die Staatsanwaltschaft Uri, indem er sein Begehren um Anhandnahme der Sache wiederholte. Infolgedessen erliess die genannte Behörde gegen die Angeklagten Vorladung vor Kreisgericht Uri. Hier bestritten diese die Klage und verlangten verhöramtlichen Untersuch, sowie Kautionsleistung Kellers. Das Kreisgericht Uri beschloss nach Anhörung desselben unterm 31. August 1896, es sei der verhöramtliche Untersuch zu bewilligen und dem Keller eine Kaution von 100 Fr. aufzuerlegen.

B. J. U. Keller gelangte darauf unterm 13. September 1896 auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses an das Bundesgericht mit dem Antrage, es sei „die urnerische Verfügung" aufzuheben.

Er führt aus:

Die Standeskanzlei Uri habe ihm eine Kaution von 200 Fr. abverlangt. Selbe sei dann auf 100 Fr. herabgesetzt worden. Gegen diese Kautionsauflage werde protestiert. Die Anhandnahme einer Strafklage könne nicht von einer Kautionsleistung abhängig gemacht werden, auch nicht in Injuriensachen. Höchstens könnte etwa im Beweisverfahren für Auslagen wegen Zeugen Vorschuss verlangt werden; dieser Fall treffe hier nicht zu, weil Thatbestand und Schuldfrage völlig liquid seien. In casu würde durch die Kautionsauflage auch die garantierte Gleichheit verletzt, indem ein Zürcher Kläger im Kanton Uri zur Kaution verhalten werde, während ein Urner Kläger bei Ehrverletzungsprozessen im Kanton Zürich keine Kaution zu leisten habe (Streuli, Kommentar zum Rechtspflegegesetz, p. 466 und 1082). Es liege Rechtsverweigerung vor.

Unterm 21. September 1896 reichte Keller hierorts noch eine Nachtragseingabe ein.

C. Im Auftrage des Regierungsrates des Kantons Uri beantragt die Staatsanwaltschaft, es sei auf den Rekurs nicht einzutreten, eventuell derselbe abzuweisen, unter Kostenfolge.

Zur Begründung wird ausgeführt:

Der Rekurs richte sich gegen einen Bescheid der Standeskanzlei Uri, bezw. die darin wiedergegebene regierungsrätliche Schlussnahme betreffend Kautionsauflage im Betrage von 200 Fr. — Die betreffende Schlussnahme sei jedoch dahingefallen, indem der Regierungsrat dem Keller freigestellt habe, direkt an die Staatsanwaltschaft zu gelangen, und Keller dann auch diesen Weg eingeschlagen habe. Der Rekurs sei daher gegenstandslos. Gegen die Kautionsauflage durch das Kreisgericht Uri, welche an Stelle der regierungsrätlichen Schlussnahme getreten, liege ein Rekurs gar nicht vor. Werde aber materiell auf denselben eingetreten, so müsse er als unbegründet abgewiesen werden. Eine Verfassungsverletzung, speciell Rechtsverweigerung, liege nicht vor. Die Auflage einer Kaution an auswärts wohnende Kläger sei zulässig, speciell auch in Straffällen; wenn die Gesetzgebung des Kantons Zürich sich diesbezüglich auf einen andern Standpunkt stellen sollte, so könne dies an der Sache nichts ändern. Die auferlegte Kaution von 100 Fr. sei auch nicht eine übersetzte, indem eine Schriftexpertise anzuordnen sei, die ziemlich teuer werden dürfte.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Rekurrent erklärt zwar an einer Stelle, er rekurriere gegen die Standeskanzlei von Uri; dagegen ist nach Aktenlage doch anzunehmen, er habe sich beschweren wollen über den Beschluss des Regierungsrates, den genannte Kanzlei ihm mitgeteilt hat. Diese Behörde nun hat allerdings beschlossen, es sei dem Rekurrenten eine Kaution auferlegt. Dagegen fällt in Betracht: Die Staatsanwaltschaft, welche im Auftrag des Regierungsrates den Rekurs des Keller hierorts beantwortete, hat in ihrer Vernehmlassung ausdrücklich und wiederholt erklärt, der betreffende Beschluss des Regierungsrates (vom 25. Juli 1896) sei dahingefallen und

stehe nicht mehr in Kraft. Von dieser Erklärung ist dem Rekurrenten Akt zu geben. Daraus ergiebt sich ohne weiteres, dass der Rekurs, soweit er sich gegen den regierungsrätlichen Beschluss richtet, gegenstandslos ist.

2. Rekurrent hat im weitern gar nicht angeführt, dass auch noch eine andere Behörde in Sachen betreffend Kaution Beschluss gefasst habe; speciell erwähnt er nicht das Kreisgericht Uri. Dagegen ist aus den Akten und insbesondere aus der Vernehmlassung ersichtlich, dass dieses in Sachen einen Beschluss gefasst hat, und zwar hat es dem Rekurrenten eine Kaution von 100 Fr. auferlegt. Gegen die Kautionsauflage von 100 Fr. erklärt denn auch der Beschwerdeführer zu rekurrieren, ohne, wie gesagt, dabei anzugeben, welche Behörde ihm selbe auferlegt. Wird trotz dieser mangelhaften Darstellung auf die Sache eingetreten, so fällt in Betracht: Das Bundesgericht hat schon wiederholt ausgesprochen, dass die Auflage von Prozesskautionen an den Kläger an sich verfassungsmässig zulässig sei und insbesondere auch keine Rechtsverweigerung darstelle. Eine solche könnte nur dann angenommen werden, wenn die Kautionsauflage in willkürlicher Weise gegen klares Recht erfolgt oder aber das Quantitativ des Kautionsbetrages ein übermässiges wäre und die Elndierung der Klage bezweckte (Amtl. Slg. VIII, 176; Blumer-Morel, Bundesstaatsrecht, I, p. 375). Dagegen liegt dieser Fall hier doch nicht vor: der Ansatz von 100 Fr. wird eben damit begründet, dass die beklagte Partei die Urheberschaft des Schmähbriefes in Abrede stelle und daher eine Schriftexpertise vorgenommen werden müsse. Wenn Rekurrent dagegen einwendet, dass in Wirklichkeit über die Urheberschaft kein Zweifel bestehen könne, so ist dies nicht dargethan und entscheidet sich übrigens nicht nach Verfassungsrecht. Im weitern hat Rekurrent zwar auch noch angebracht, dass eine Kaution jedenfalls ihm als Zürcher im Kanton Uri nicht auferlegt werden dürfe; zur Begründung beruft er sich darauf, dass einem Urner Ehrverletzungskläger im Kanton Zürich auch keine Kaution auferlegt werde. Indes hat das Bundesgericht bereits ausgesprochen, dass die Bundesverfassung einen solchen Grundsatz der sogenannten materiellen Reciprocität nicht kenne und insbesondere Art. 60 B. V. keineswegs fordere, dass ein Kanton die Angehörigen eines andern Kantons materiell gleich behandle, wie seine Angehörigen in dem betreffenden andern Kanton gemäss der dortigen Gesetzgebung behandelt werden (Amtl. Slg. VI, 204). An diesem Grundsatz ist festzuhalten, und ist daher der Rekurs abzuweisen.

Demnach hat das Bundesgericht erkannt:

Der Rekurs wird abgewiesen.

9. Urteil vom 18. November 1896 in Sachen Stöckli.

Bundesverfassung, Art. 113, Ziff. 3. Bundesgesetz betreffend die Organisation der Bundesrechtspflege, Art. 175, Ziff. 3. Bundesgesetz über die Auslieferung von Verbrechern oder Angeschuldigten vom 24. Juli 1852. — Das Bundesgericht ist zu Beurteilung von Beschwerden wegen Verletzung des Bundesgesetzes vom 24. Juli 1852 kompetent. Verpflichtung der Kantone zu Einleitung des Auslieferungsverfahrens, wenn sie eine Person, die auf dem Gebiete eines andern Kantons sich aufhält, wegen eines Auslieferungsdeliktes verfolgen wollen. Fahrlässige Tötung ist Auslieferungsdelikt. Nur die zu Bewilligung der Auslieferung kompetente, kantonale **Regierungs***behörde kann auf das Recht des Heimat-, bezw. Niederlassungskantons, den Requirierten selbst zu beurteilen oder zu bestrafen, wirksam verzichten, nicht aber können dies die Gerichte.*

A. Le 17 avril 1896, F. Binggeli, régent à Gempenach (Fribourg), a déposé une plainte auprès de l'autorité fribourgeoise contre Jean Stöckli, charretier, à Berne, l'accusant d'avoir, par son imprudence, causé la mort de sa fille, Marie Binggeli.

Au cours de l'enquête instruite par l'autorité fribourgeoise sur cette plainte, le juge d'instruction du district de Berne a été requis de procéder à l'audition de l'accusé et de deux témoins. Il a fait droit à cette réquisition et procédé à l'interrogatoire des personnes indiquées. Stöckli a été informé à cette occasion que l'enquête était close, qu'elle allait être transmise à la Chambre d'accusation du canton de Fribourg et qu'il pouvait, dans un délai de cinq jours, produire un mémoire pour sa défense. Il a contesté qu'aucune faute lui fût imputable et déclaré ne vouloir produire aucun mémoire.

Par arrêt du 20 juin 1896, la Chambre d'accusation du canton de Fribourg a prononcé le renvoi de Stöckli devant le tribunal de police du district du Lac, comme accusé d'homicide par imprudence. Une copie de cet arrêt a été notifiée à Stöckli avec l'autorisation et par l'entremise de l'autorité judiciaire bernoise. Stöckli a été de la même manière assigné à comparaître le 17 juillet 1896 devant le tribunal de police du district du Lac pour être entendu et voir prononcer sur les faits dont il était accusé.

Le 17 juillet 1896, Stöckli ne s'étant pas présenté devant le tribunal de police, celui-ci a rendu contre lui un jugement par défaut le déclarant coupable d'homicide par imprudence et le condamnant à trois mois de prison et aux frais. Notification lui a été faite de ce jugement le 23 juillet 1896.

B. Par mémoire du 21 septembre, Stöckli a recouru au Tribunal fédéral contre ledit jugement, dont il demande l'annulation, de même que celle de tous les actes de poursuite, de l'enquête préalable et de l'instruction devant le tribunal de jugement. Il fonde son recours sur les art. 113, chiffre 3, et 67 de la Constitution fédérale, 175, chiffre 3, et 178 de l'organisation judiciaire fédérale et sur

les art. 1 et 2 de la loi fédérale du 24 juillet 1852 sur l'extradition. Il soutient en résumé que le jugement attaqué, de même que l'enquête qui l'a précédé et l'arrêt de mise en accusation ont méconnu les prescriptions de la loi fédérale du 24 juillet 1852. L'enquête dirigée dans le canton de Fribourg contre lui, qui est domicilié à Berne, concerne un délit prévu par les art. 1 et 2 de ladite loi. Or, les autorités fribourgeoises n'ont pas requis l'extradition de l'accusé et les autorités bernoises n'ont ainsi pas été mises en mesure de faire usage de la faculté qui leur appartenait en vertu de l'art. 1[er] de la loi de juger leur ressortissant, conformément aux lois bernoises. Le fait que le recourant s'est présenté devant le juge d'instruction bernois n'implique pas de sa part acceptation tacite de la juridiction fribourgeoise. Il a le droit d'exiger qu'avant de diriger des poursuites pénales contre lui, les autorités fribourgeoises commencent par demander son extradition au canton de Berne.

C. Dans son mémoire en réponse au recours, le procureur général du canton de Fribourg expose que la loi fédérale sur l'extradition ne met pas obstacle à ce que les cantons se lient par des conventions plus rigoureuses. Dès lors, celle conclue entre les cantons de Berne et Fribourg, le 26 août 1825, au sujet de la comparution des prévenus de délits de police continue à déployer ses effets. Or, l'homicide par imprudence peut être considéré comme un délit de police, puisque l'intention coupable y fait défaut. Du reste, les autorités bernoises, en acceptant la commission rogatoire qui leur a été adressée, en autorisant la notification de l'arrêt d'accusation, de la citation et du jugement à Stöckli, ont interprété dans le sens sus-indiqué la convention de 1825 et expressément reconnu le droit des autorités fribourgeoises de se nantir de l'affaire. L'acceptation du for fribourgeois, tacite de la part de Stöckli et expresse de la part des autorités bernoises, rendait inutile la demande d'extradition. Par ces motifs, le procureur général du canton de Fribourg conclut au rejet du recours.

Vu ces faits et considérant en droit:

1° Le recourant se plaint d'une violation des dispositions des art. 1 et 2 de la loi fédérale sur l'extradition du 24 juillet 1852. Or, le Tribunal fédéral a reconnu à plusieurs reprises que l'inobservation de ces prescriptions légales peut donner lieu de la part de la personne intéressée à un recours en vertu des art. 113, chiffre 3, de la Constitution fédérale, et 175, chiffre 3, de l'organisation judiciaire (voir entre autres Rec. off. VI, p. 210 et suiv. et 217 et suiv., XIV, p. 45 et suiv.).

2° Quant à la question même que soulève le recours, le Tribunal fédéral a constamment jugé (voir les arrêts cités) que, lorsqu'un canton veut diriger des poursuites pénales contre une personne résidant sur le territoire d'un autre canton pour l'un des crimes ou délits prévus par la loi fédérale du 24 juillet 1852, il est tenu de procéder par la voie légale d'une demande d'extradition, à moins que la personne poursuivie ne se soumette volontairement à sa juridiction.

Dans l'espèce, le délit d'homicide par imprudence pour lequel le recourant a été poursuivi est un de ceux prévus par la loi précitée. Il n'a nullement le caractère d'un délit de police, ainsi que le soutient le procureur général de Fribourg, et alors même que ce serait le cas, étant

mentionné dans la loi sur l'extradition, il ne peut être poursuivi qu'en conformité des prescriptions de cette loi. La convention entre Berne et Fribourg, du 26 août 1825, ne peut dès lors pas avoir d'application ici. D'autre part, le recourant n'a accepté ni expressément ni tacitement la juridiction des tribunaux fribourgeois. Le fait qu'il a répondu à la citation du juge d'instruction bernois et a été interrogé par ce magistrat procédant à la requête du président du tribunal de Morat ne peut être considéré comme une reconnaissance tacite de la compétence de ce tribunal. Stöckli a pu croire qu'il était tenu d'obtempérer à une citation du juge de son domicile. On ne saurait dès lors conclure du fait qu'il s'est présenté devant ce magistrat et a répondu à ses questions, qu'il ait entendu se soumettre au jugement de l'autorité fribourgeoise qui avait requis son audition.

C'est à tort, enfin, que le procureur général de Fribourg soutient encore que les autorités bernoises auraient reconnu la compétence des tribunaux fribourgeois et renoncé à se prévaloir de la faculté que leur donnait la loi sur l'extradition de réclamer pour elles-mêmes le droit de juger Stöckli. Une semblable renonciation n'aurait pu être consentie que par l'autorité bernoise compétente pour accorder, le cas échéant, l'extradition de Stöckli, soit par le Conseil d'Etat du canton de Berne, et non par le juge d'instruction du district de Berne ou le président du tribunal qui a autorisé les significations à Stöckli. Ces magistrats n'avaient pas compétence pour renoncer à l'exercice d'un droit souverain du canton de Berne. On ne peut donc déduire de leurs actes aucune renonciation de la part de l'autorité bernoise compétente au droit de refuser l'extradition de Stöckli et de le faire juger par les tribunaux bernois.

3° Il résulte de ce qui précède que le recours est fondé. Il n'y a toutefois pas lieu de faire droit aux conclusions du recourant en tant qu'il demande l'annulation de tous les actes de la poursuite antérieurs aux débats et au jugement. Il suffit que le jugement attaqué soit annulé et que les autorités fribourgeoises soient astreintes à requérir l'extradition du recourant avant de pouvoir reprendre les poursuites contre lui.

Par ces motifs,

Le Tribunal fédéral prononce:

Le recours est déclaré fondé et le jugement du tribunal de police du district du Lac (Fribourg), du 17 juillet 1896, est annulé en ce sens qu'avant de pouvoir reprendre les poursuites pénales contre le recourant, les autorités fribourgeoises sont tenues de requérir son extradition de l'autorité compétente du canton de Berne, conformément aux prescriptions de la loi fédérale du 24 juillet 1852.

II. Kantonale Gerichte. — Tribunaux cantonaux.

Aus der Praxis
der
Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern
in den Jahren 1893—1896.

Mitgeteilt von
Fürsprech *W. Ernst*, I. Kammerschreiber des Obergerichts des Kantons Bern.

A. Bundesstrafrecht.

1. Urteil vom 11. April 1894 gegen Eheleute Klaus.

Ehrbeleidigung. — Verletzung des Postgeheimnisses. — Sind die sogenannten Privatgehülfen der Posthalter Angestellte der Postverwaltung im Sinne des Art. 54 B.-St.-G.?

Den Ausführungen der Motive des erstinstanzlichen Urteils kann sowohl in thatsächlicher als auch in rechtlicher Hinsicht beigepflichtet werden.

Was vorerst die Frage anbelangt, ob Friedrich Klaus den inkriminierten, an Apotheker Wetzstein in Thun gerichteten, anonymen Brief geschrieben habe, so muss sich die Bejahung derselben bei einer Vergleichung des Diktats des Angeschuldigten mit dem Briefe angesichts der vollständigen Übereinstimmung der eigentümlichen Schreibweise und Orthographie einem jeden sofort aufdrängen. Die Schriftexperten bejahen denn auch die Frage mit aller Bestimmtheit. Hierzu kommt die Identität des zum Briefe verwendeten Papiers mit demjenigen, das auf dem Postbureau Schwarzenburg auf Lager gehalten wird, ferner die Thatsache, dass Klaus sich zur Zeit, als der Brief in Bern aufgegeben wurde, selber in Bern befand, endlich das feindselige Verhältnis des Klaus zum Kläger Wiedmer, so dass bezüglich der Autorschaft des Briefes ein Zweifel gar nicht bestehen kann.

Mit Recht hat der Richter auch angenommen, der anonyme Brief enthalte gegenüber Wiedmer eine Ehrbeleidigung; es wird dem letzteren darin in unmissverständlicher Weise nichts weniger vorgeworfen, als, er gehe darauf aus, andere Leute zu prellen.

Betreffend die Anklage auf Verletzung des Postgeheimnisses sodann, liegt in der Frage der Thäterschaft ebenfalls ein genügender Indizienbeweis vor. Dass Wiedmer, bevor der anonyme Brief geschrieben wurde, dritten Personen mitgeteilt hatte, er sei, um einen Apotheker als Associé zu gewinnen, bereits mit mehreren Personen in Unterhandlungen getreten, aber ohne Erfolg, ist aus psychologischen Gründen nicht anzunehmen, und es ist für eine solche Annahme in den Akten auch nicht der geringste Anhaltungspunkt vorhanden. Dem Dr. Gschwend hat er, nach der Aussage des letztern, nur mitgeteilt, er beabsichtige, einen Associé zu engagieren, und auch von dieser Mitteilung hat übrigens Dr. Gschwend, wie er bezeugt, dem Klaus erst zu einer Zeit Kenntnis gegeben, als der anonyme Brief bereits geschrieben war. Es ist daher gar nicht anders denkbar, als dass Klaus sich durch Öffnen der Briefschaften des Wiedmer Kenntnis von den Thatsachen verschafft hatte, die er dann in dem Briefe an Wetzstein zur Diskreditierung des Wiedmer benutzte. Wenn Klaus auch einen guten Leumund geniesst und ihm die Postverwaltung ein günstiges Zeugnis ausstellt, so ergiebt sich doch, wie die Motive des erstinstanzlichen Urteils richtig ausführen, aus der postamtlichen Untersuchung, dass auf dem Postbureau Schwarzenburg gerade das Postgeheimnis nicht streng gewahrt wurde.

Dass Klaus *im Sinne des Art. 54* des Gesetzes über das Bundesstrafrecht *Angestellter der Postverwaltung* ist, kann keinem Zweifel unterliegen. Zwar hat die Kreispostdirektion Bern unterm 15. September 1892 auf eine Anfrage des erstinstanzlichen Richters geantwortet, Friedrich Klaus sei weder Beamter noch Angestellter der eidgenössischen Postverwaltung; seine Ehefrau könne ihn in ihrer Eigenschaft als Posthalterin zur Aushülfe beiziehen, jedoch auf ihre eigene Rechnung und Verantwortlichkeit hin. Allein wenn auch im eidgenössischen Postbetrieb die sogenannten Privatgehülfen von den Posthaltern angestellt werden, so unterliegt doch ihre Anstellung der *Genehmigung der Oberpostdirektion*, welche über sie eine *Disciplinaraufsicht* übt, wie denn gerade in vorliegendem Falle der Privatgehülfe Klaus laut Mitteilung der Oberpostdirektion vom 20. Oktober 1893 mit Rücksicht auf die gegen ihn wegen Verletzung des Postgeheimnisses eingeleitete gerichtliche Untersuchung von der genannten Direktion provisorisch im Dienst suspendiert worden ist. Dazu kommt, dass das in Art. 54 B.-St.-R. normierte Delikt sich wesentlich als einen *Vertrauensmissbrauch* darstellt, dem Privatgehülfen aber die Briefschaften, deren Besorgung ihm obliegt, ebensogut *anvertraut* sind wie dem Posthalter diejenigen, die durch seine Hände gehen. Endlich wäre, wie der erstinstanzliche Richter in den Motiven seines Urteils mit Recht bemerkt, das Publikum den Privatgehülfen gegenüber geradezu schutzlos, wenn diese das Postgeheimnis straflos verletzen könnten, ein Resultat, das der Gesetzgeber gewiss nicht gewollt hat.

In letzter Linie ist das erstinstanzliche Urteil nachzuprüfen hinsichtlich der Verurteilung des Ehemannes und der Ehefrau Klaus wegen mündlicher injuriöser Äusserungen gegenüber dem Kläger Wiedmer. Nun gesteht Klaus zu, er habe anlässlich der Aufgabe eines Postpaketes seitens der Magd des Wiedmer, Anna Zahnd, zu letzterer gesagt, Wiedmer sei zu allem fähig, und Frau Klaus giebt zu, eine bejahende Redensart beigefügt zu haben. Unter den obwaltenden Umständen musste in der

Äusserung des Klaus jedenfalls eine Beleidigung gefunden werden, und indem Frau Klaus eine bejahende Bemerkung beifügte, machte sie die beleidigende Behauptung ihres Ehemannes zu ihrer eigenen.

Sowohl die Strafen, als auch die der Civilpartei Wiedmer zukommenden Entschädigungen sind vom Richter nicht zu hoch bemessen worden. In betreff der Entschädigung, auf welche Wiedmer wegen des von Klaus an Wetzstein geschriebenen Briefes Anspruch hat, ist zu beachten, dass Wetzstein infolge des anonymen Briefes die mit Wiedmer gepflogenen Unterhandlungen abgebrochen hat und hieraus dem letztern ein materieller Schaden erwachsen ist, der zwar nicht genau ermittelt werden kann, aber doch bei Bestimmung der Gesamtentschädigung in Rechnung gebracht werden muss.

Da die Ehegatten Klaus in keinem Punkte als Mitthäter oder Teilnehmer der nämlichen strafbaren Handlung erscheinen, sondern jeder Ehegatte selbständig delinquiert hat, so ist die in erster Instanz ausgesprochene solidarische Haftung derselben für die Kosten aufzuheben.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

I. Friedrich Klaus ist schuldig erklärt:

a. Der Verletzung des Postgeheimnisses.

b. Der Ehrbeleidigung gegenüber Leonz Wiedmer, Drognist, früher in Schwarzenburg, nun in Langenthal.

II. Bertha Klaus geb. Weber ist schuldig erklärt der Ehrbeleidigung gegenüber dem nämlichen Leonz Wiedmer.

III. In Anwendung der Art. 54, 6, 8 und 10 des Bundesgesetzes über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Februar 1853, Art. 256, Ziff. 4, St.-G., 50 und 55 O.-R., sowie 365, 368 und 468 St.-V. werden

verurteilt:

a. Friedrich Klaus:

1. Wegen Verletzung des Postgeheimnisses korrektionell zur Amtsentsetzung von seiner Stelle als Gehülfe und Stellvertreter der Posthalterin von Schwarzenburg, womit die Unfähigkeit zur Bekleidung eines öffentlichen Amtes oder einer Anstellung auf die Zeit von zwei Jahren verbunden ist; ferner zu Fr. 50 Geldbusse, welche, auf den Fall sie innert drei Monaten nicht erhältlich ist, oder im Falle der Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, in 10 Tage Gefängnis umgewandelt wird.
2. Wegen Ehrbeleidigung polizeilich zu Fr. 10 Busse.
3. Zu einer Entschädigung von Fr. 200 an die Civilpartei Leonz Wiedmer, sowie zu Fr. 270 erstinstanzlichen und Fr. 25 oberinstanzlichen Interventionskosten an dieselbe.
4. Zu $^4/_5$ der Fr. 450. 15 betragenden erstinstanzlichen Kosten des Staates mit Fr. 360. 12 und zur Häfte der im ganzen auf Fr. 22. 80 bestimmten Rekurskosten desselben mit Fr. 11. 40.

b. Bertha Klaus geb. Weber polizeilich zu Fr. 10 Geldbusse, zu Fr. 10 Entschädigung an die Civilpartei Wiedmer, zu Fr. 30 erstinstanz-

lichen und Fr. 25 oberinstanzlichen Interventionskosten an letztere, sowie zu ¹/₅ der erstinstanzlichen Kosten des Staates mit Fr. 90. 83 und der auf Fr. 11. 40 bestimmten Hälfte der Rekurskosten desselben.

2. Urteil vom 18. April 1896 gegen Emil Plümpin.

Wer zur Aufführung eines rein musikalischen oder musikalisch-dramatischen Werkes Noten benutzt, die ohne Erlaubnis des Verlegers abgeschrieben oder nachgebildet worden sind, verletzt das Urheberrecht; selbst wenn er dem Inhaber des Urheberrechts für die Bezahlung des Anteils, der ihm an dem Ertrag der Aufführung zukommt, Sicherheit geleistet hat. Was ist **grobe** *Fahrlässigkeit?*

I. 1. In der Wintersaison 1893/1894 hat die Aktiengesellschaft „Gesellschaftshaus Museum" in Bern, deren Verwaltungsratspräsident der Angeschuldigte Ingenieur Emil Plümpin ist, im Gesellschaftshaus Museum in Bern, durch die von ihr mit fixem Salair engagierte unter der Direktion des Kapellmeisters Ringeisen stehende Musikkapelle öffentliche Konzerte aufführen lassen. Der Generalagent der Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique in Paris, E. Knosp-Fischer, in Bern, hatte vor Beginn der Saison der Aktiengesellschaft Gesellschaftshaus Museum eine Vertragsofferte gemacht, wonach der letztern gegen Entrichtung einer jährlichen Pauschalsumme von Fr. 80, die dann im Laufe der Unterhandlung auf Fr. 50 reduziert wurde, das Aufführungsrecht für das ganze Repertoire der Société des auteurs etc. gewährt worden wäre. Da die Organe der Aktiengesellschaft Museum auf gewisse seitens des Knosp-Fischer gestellte Vertragsbedingungen nicht eingehen wollten, so zerschlugen sich die bezüglichen Unterhandlungen.

Unterm 14. Oktober 1893 erliess E. Knosp-Fischer als Generalagent der Société des auteurs etc. an den Angeschuldigten als Präsidenten des Verwaltungsrates des „Gesellschaftshauses Museum Bern" eine Kundmachung und Verbot, in welcher dem Notifikaten mitgeteilt wurde, die Société des auteurs etc. habe in Erfahrung gebracht, dass das vom „Gesellschaftshaus Museum" engagierte Orchester Musikstücke nach *geschriebenen* Partituren aufführen werde und sogen. Arrangements praktiziere, was mit den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über den Schutz des Urheberrechts an Werken der Litteratur und Kunst nicht erlaubt sei; im fernern wurde in der Notifikation darauf hingewiesen, dass angesichts des Umstandes, dass die Société des auteurs etc. über 6500 lebende Autoren, Komponisten und Verleger, sowie Rechtsnachfolger von solchen als Mitglieder umfasse, die alle die Geltendmachung ihres Urheberrechts der Société des auteurs etc. beziehungsweise deren Vorstand übertragen hätten, stets zu vermuten sei, dass Werke aufgeführt würden, bezüglich welcher Mitglieder der Société des auteurs etc. Urheberrechte besitzen, die in deren Namen durch die Société des au-

teurs etc. ausgeübt würden. Der Notifikant bezeichnete dem Notifikaten zwei Stellen, woselbst die gedruckten Mitgliederverzeichnisse der Société des auteurs etc. zu seiner Einsicht aufgelegt seien; endlich verbot die Société des auteurs etc. dem Notifikaten zu Handen der durch ihn vertretenen Gesellschaft förmlich die Aufführung von Werken ihrer Mitglieder, ohne vorher eingeholte Erlaubnis. Diese Vorkehr wurde dem Notifikaten am 14. Oktober 1893 in gesetzlicher Weise angelegt.

Unterm nämlichen Datum erliess Herr Pümpin als Präsident des Verwaltungsrates des Gesellschaftshauses Museum Bern an Herrn Knosp-Fischer als Generalagenten der Société des auteurs etc. eine dem letztern am 14. Oktober gleichen Jahres in gesetzlicher Weise angelegte Notifikation mit Rechtsvorschlag, in welcher lediglich gegen das Aufführungsverbot Recht dargeschlagen und dem Notifikaten zur Kenntnis gebracht wurde, dass zur Sicherung der Aufführungen vom 14. bis 18. Oktober gleichen Jahres behufs Sicherstellung allfälliger Tantiemeansprüche zu Handen der Société des auteurs etc. ein Betrag von Fr. 100 auf dem Richteramt Bern deponiert werde, gemäss Art. 7, Al. 4, des B. G. über die Urheberrechte an Werken der Litteratur und Kunst vom 23. April 1883, und dass auf Grund dieser Hinterlage die Gesellschaft „Museum“ die angesagten Konzerte werde stattfinden lassen. Am 15. Januar 1894 wurde seitens des Gesellschaftshauses Museum diese Hinterlage um Fr. 50 erhöht und diese Erhöhung dem Knosp-Fischer gleichen Tages notifiziert; das Depositum im nunmehrigen Gesamtbetrage von Fr. 150 scheint, wie aus dieser Notifikation hervorgeht, zufolge mündlicher Vereinbarung bis auf weiteres auf alle Aufführungen der Museums-Kapelle seit dem 14. resp. 18. Oktober 1893 ausgedehnt worden zu sein.

Unterm 26. Februar 1894 reichte der Vorstand der Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique, handelnd als Vertreter einer Anzahl von Autoren, Komponisten und Verlegern gegen Ingenieur Pümpin als Präsident des Verwaltungsrates des Gesellschaftshauses Museum und gegen Kapellmeister Ringeisen Strafanzeige ein, wegen Verletzung des Urheberrechts gegenüber den betreffenden näher bezeichneten Komponisten, Autoren und Verlegern; die Strafanzeige, soweit sie gegen Ringeisen gerichtet ist, steht heute nicht mehr in Frage.

2. Nachdem auf den 4. März 1894 zwei Konzerte der „Konstanzer Regimentsmusik“ unter der Direktion des K. Handloser im Gesellschaftshause Museum angekündigt worden waren, erliess E. Knosp-Fischer an den Kapellmeister Handloser unterm 2. März gleichen Jahres eine Kundmachung und Verbot, die im wesentlichen gleichlautend ist mit derjenigen an Pümpin vom 14. Oktober 1893 und sich auf das Programm der angekündigten Konzerte der Konstanzer Regimentsmusik bezieht. Diese Vorkehr wurde am 3. März vom Mitglied des Verwaltungsrates, Herrn Rooschütz zu Handen des Notifikaten rechtsverbindlich entgegen genommen.

Durch Notifikation vom 3. März 1894 wurde dem E. Knosp-Fischer seitens des angeschuldigten Pümpin rechtlich davon Kenntnis gegeben, dass seitens des Notifikanten mit Rücksicht auf die Konzerte der „Konstanzer Regimentsmusik“, in welchem möglicherweise Werke von Mitgliedern der Société des auteurs etc. aufgeführt würden, das richterliche Depositum zur Sicherstellung allfälliger berechtigter Tantiemenansprüche der Société auf Fr. 200 erhöht worden sei und dass

dieser Betrag als Sicherheitsleistung für die allfällige Tantieme an den Einnahmen aus den Konzerten des Gesellschaftshauses Museum seit dem 14. Oktober 1893 zu dienen habe.

Unterm 3. April 1894 reichte der Vorstand der Société des auteurs etc. handelnd als Vertreter einer Reihe näher bezeichneter Autoren, Komponisten und Verleger gegen E. Pümpin Strafanzeige ein wegen Verletzung des den letztern an verschiedenen ebenfalls näher bezeichneten dramatisch-musikalischen Werken zustehenden Urheberrechtes, anlässlich der vorerwähnten Konzerte der „Konstanzer Regimentsmusik".

II. Die beiden inhaltlich übereinstimmenden Strafklagen des Vorstandes der Société etc. gehen dahin, Ingenieur Pümpin habe als Präsident des Verwaltungsrates des Gesellschaftshauses Museum das Urheberrecht an den speciell bezeichneten Werken dadurch verletzt, dass er diese Werke mittelst *Benutzung* in der Schweiz *unerlaubter Vervielfältigungen* und *unerlaubter Wiedergaben aufgeführt habe* beziehungsweise *habe aufführen lassen*, und zwar einerseits in den Konzerten der Kapelle des Gesellschaftshauses Museum, andrerseits in den beiden Konzerten der „Konstanzer Regimentsmusik".

In der Strafklage vom 26. Februar 1894 wurde erklärt, dieselbe erstrecke sich auch auf den Zeitraum vom 12. Dezember 1893 bis 28. Februar 1894 beziehungsweise auf die in diesem Zeitraum stattgefundenen Konzertaufführungen der Museumskapelle. Es wurde seitens der Klägerschaft auch eine bezügliche Ergänzung der Klage vorbehalten.

Im Termin vom 5. Oktober 1895 reduzierte die Klägerschaft ihre Klagsansprüche bezüglich der von der Museumskapelle aufgeführten Musikwerke auf 10 dramatisch-musikalische und 5 rein musikalische Werke (pag. 108/109 der Akten).

Das Material, welches zur Aufführung derselben gedient hatte, war im Laufe der Untersuchung bei Kapellmeister Ringeisen beschlagnahmt worden. Im nämlichen Termin (5. Oktober) wurde die Klage überdies ausgedehnt auf das Musikstück: „La fille de Madame Angot" von Lecoq, Verleger Brandus & Cie. in Paris, welches am 2. und 4. Februar 1894 von der Museumskapelle aufgeführt worden war.

Eine Verletzung des Aufführungsrechtes als solchem wurde nicht eingeklagt, indem klägerischerseits anerkannt wurde, dass gemäss Art. 7, Al. 4, des Bundesgesetzes die Sicherstellung der gesetzlichen Tantieme erfolgt sei. — Die Klägerschaft hat sich als Civilpartei gegenüber dem Angeschuldigten konstituiert, indem sie bereits in den beiden Strafklagen vom 26. Februar und 3. April 1894 Entschädigungsbegehren gegenüber Pümpin wegen Verletzung des Urheberrechts im Betrage von je über Fr. 4000 gestellt hat. Im Hauptverhandlungstermin vom 5. Oktober 1895 stellte die Klägerschaft gemäss eingereichtem bezüglichem Verzeichnis gegenüber Pümpin ein Entschädigungsbegehren von zusammen Fr. 1430, und zwar von Fr. 430 für die Aufführungen der Museumskapelle, und von Fr. 1000 für diejenigen der „Konstanzer Regimentsmusik".

III. Gegen das erstinstanzliche Urteil hat der Angeschuldigte sowie die Klägerschaft, letztere bezüglich der Abweisung ihrer Civil- und Strafklage betreffend die Verletzung des Urheberrechtes an dem Stücke: „La fille de Madame Angot" die Appellation erklärt.

IV. In erster Linie ist zu prüfen:

A. Ob betreffend die eingeklagten Konzert-Aufführungen der Kapelle des Gesellschaftshauses Museum

1. der *objektive Thatbestand* der Verletzung des Urheberrechts gegeben ist.

Entsprechend der besondern Natur des Urheberrechts an musikalischen und musikalisch-dramatischen Werken kann eine Verletzung desselben nach zwei Richtungen erfolgen, und zwar als Verletzung des Vervielfältigungsrechtes am Notenmaterial und als Verletzung des Aufführungs- (Darstellungs-) rechtes (Art. 1, 12 u. 13 des Bundesgesetzes).

In casu wird nun behauptet, der Angeschuldigte habe das Urheberrecht an jenen musikalisch-dramatischen und musikalischen Werken dadurch verletzt, dass er sie *mittelst Benutzung unerlaubter Vervielfältigungen* und *unerlaubter* Wiedergaben aufgeführt habe beziehungsweise habe aufführen lassen.

Es frägt sich daher zunächst, ob vorliegend wirklich unerlaubte Vervielfältigungen und Wiedergaben benutzt worden seien und sodann, wenn dies der Fall ist, ob in der *Aufführung* unter Benutzung *solchen Materials* eine Verletzung des Urheberrechts liegt oder nicht.

Was die erste Frage anbetrifft, so lehrt der Augenschein, dass für die Aufführungen der erwähnten eingeklagten, alle auf Grund der Berner-Konvention nach Massgabe des Bundesgesetzes geschützten Stücke in jenen Konzerten im Gesellschaftshaus Museum entweder *abgeschriebene* Partituren und Stimmen oder Potpourris, „Arrangements" etc. verwendet wurden, die nicht aus dem Verlage der allein berechtigten Verleger der Originalwerke stammen und auch ohne Zweifel nicht von dem betreffenden Komponisten genehmigt worden sind; diese Thatsache ist denn auch von dem Angeschuldigten eigentlich nicht bestritten worden. In dem *Abschreiben* eines Musikstückes liegt nun, wenn es zum Zwecke geschieht, sich der Abschrift bei einer öffentlichen Aufführung beziehungsweise nicht *bloss* zu eigenem Privatgebrauche zu bedienen, jedenfalls eine Verletzung des dem Komponisten beziehungsweise dessen Verleger ausschliesslich zustehenden Vervielfältigungsrechtes; eine derartige Vervielfältigung ist daher als unerlaubt anzusehen. Das nämliche gilt aber auch für die Adaptationen, musikalischen Arrangements, Potpourris u. dgl., welche als unerlaubte *Nachbildungen* des Originalwerkes anzusehen sind. Es fehlt zwar in dem vorliegend zur Anwendung gelangenden Bundesgesetze vom 23. April 1883 an einer ausdrücklichen Bestimmung über den letztgenannten Punkt, und auch Art. 10 der sogenannten Berner-Konvention vom 9. September 1886 ist nur nach Massgabe der besondern Bestimmungen der betreffenden Landesgesetze anwendbar; allein es lässt sich doch aus der Tendenz des letztgenannten Artikel (vgl. Rüfenacht, das litterarische und künstlerische Urheberrecht in der Schweiz, pag. 125 f.), sowie aus den in diesem Punkte herrschenden Ansichten in der Doktrin (vgl. u. a. v. Orelli, Kommentar zum Bundesgesetz vom 23. April 1883, pag. 90 und 91; Reichel, Gutachten über das musikalische Urheberrecht in der Schweiz, pag. 13; Rüfenacht a. a. O., pag. 77; Ph. Dunant, Du droit des compositeurs de musique sur leurs œuvres, pag. 143 ff., insbes. pag. 149) entnehmen, dass eine derartige nicht genehmigte Aneignung eines Musikwerkes, sofern dieselbe lediglich die Wiedergabe des Werkes in der-

selben oder einer andern Form mit unwesentlichen Zusätzen oder Abkürzungen darstellt, ohne im übrigen die Eigenschaft eines neuen Originalwerkes zu besitzen (Art. 10 der Berner-Konvention) als unerlaubt zu gelten hat.

Es war also in der That das in jenen Konzerten der Museumskapelle benutzte Material unerlaubt vervielfältigt und wiedergegeben.

Liegt nun wirklich in den an und für sich im Sinne des Art. 7, Al. 4, des Bundesgesetzes nicht verbotenen Aufführungen eine Verletzung des Urheberrechtes *deshalb*, weil dieselben mittelst derartigen gefälschten Materials bewerkstelligt wurden? Dies ist zu bejahen. Nach dem Wortlaut des Art. 12, Al. 3, des Bundesgesetzes in welchem ganz allgemein die *Verbreitung* eines Nachdrucks oder einer unerlaubten Nachbildung als konstitutiv für den objektiven Thatbestand der Urheberrechtsverletzung bezeichnet wird, könnte man dazu gelangen, in der *Aufführung* mit unerlaubtem Material eine *Verbreitung* desselben im weitern Sinne zu erblicken, indem ja dadurch erst das unerlaubt vervielfältigte *Mittel* zur Darstellung zu allgemeinem Verständnis gebracht wurde (vgl. in diesem Sinne Bundesger. Entsch. Bd. XIX. pag. 428 ff., i. S. Ricordi & Cie. contra Sully et ville de Genève). Allein, abgesehen davon, dass *Al. 1* des nämlichen Artikels nur von der Verbreitung durch den *Import* oder *Verkauf* spricht, steht dieser Auffassung der Umstand entgegen, dass doch wohl unter *Verbreitung* nur die Verbreitung des *Materials als solchem* zu verstehen ist und dass eine Ausdehnung dieses Begriffes auf die *Aufführung* nicht wohl angehen dürfte. Richtig erscheint vielmehr die Annahme, dass die *Aufführung selbst* (nicht bloss als Mittel der Verbreitung) infolge der Benutzung gefälschten Materials sich zu einer unerlaubten und dadurch zu einer Verletzung des Urheberrechts gestaltet. Es liegt auf der Hand, dass die Bestimmung des Art. 7, Al. 4, des Bundesgesetzes *nicht* die Art. 12 und 13 l. c. aufhebt, dass also nicht schon deshalb, weil die Tantieme gesichert ist und folglich die Aufführung eines bereits veröffentlichten Werkes nicht verhindert werden kann, von einer *unerlaubten* Aufführung im Sinne der letztgenannten Artikel nicht die Rede sein darf. Eine Verletzung des *Aufführungsrechts* liegt eben nicht bloss in der *Nichtleistung* beziehungsweise Nichtsicherstellung der Tantieme; vielmehr hat der Autor auch ein zu schützendes Recht darauf, dass die Aufführung mit erlaubtem Material und in erlaubter Form stattfinde. Gleichwie der Nachdruck und die Nachbildung des *Mittels* zur Aufführung, des Notenmaterials, bedeutet auch die mit dergestalt unerlaubt vervielfältigtem Material veranstaltete, das Werk zu allgemein verständlicher Darstellung bringende *Aufführung* eine Verletzung des Urheberrechts, und zwar kann dieselbe darin liegen, dass das Recht des Autors auf die unveränderte Wiedergabe seines Werkes oder auf das ihm allein oder in Verbindung mit ihm dem Verleger zustehende Vervielfältigungsrecht verletzt wird (vgl. Rüfenacht, a. a. O., pag. 84 ff.).

Art. 12 l. c. spricht denn auch parallel zu Art. 1 l. c., von der unerlaubten Vervielfältigung *beziehungsweise* Aufführung.

Ebenso führen *praktische* Erwägungen zu dieser Auffassung. Es ist zweifellos, dass die unerlaubte Vervielfältigung beziehungsweise Nachbildung des Notenmaterials im Hinblick auf die mit letzterem zu veran-

staltenden Aufführungen verboten ist; dieser Zweck wäre nun aber vollständig verfehlt und es wäre durchaus irrationell, wenn das Notenmaterial, nachdem es einmal gefälscht worden, nun ungehindert fortgesetzt zur Aufführung verwendet werden könnte.

Der objektive Thatbestand der Verletzung des Urheberrechts ist demnach gegeben.

2. Der subjektive Thatbestand der Urheberrechtsverletzung ist gemäss Art. 12 und 13 des Bundesgesetzes sowohl bezüglich deren Straf- als deren Civilfolgen (abgesehen von der blossen Bereicherungsklage) erfüllt mit dem Vorhandensein von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.

Vorsatz ist vorliegend zu verneinen.

Anders dagegen verhält es sich mit dem Vorhandensein *grober Fahrlässigkeit.*

Allerdings war an und für sich die Gesellschaft beziehungsweise deren Organe nicht verpflichtet, das Material für die aufzuführenden Musikwerke auszuwählen, indem dies lediglich Sache des Orchesterdirigenten selber war; es hätte daher der Angeschuldigte auch nicht verantwortlich gemacht werden können für allfällige unerlaubte Aufführungen der Museumskapelle; da ihm nicht ohne weiteres hätte zugemutet werden können, sich anlässlich jedes Konzertes zu überzeugen, ob die gesetzlichen Vorschriften betreffend den Schutz des Urheberrechts erfüllt seien.

Diese Sachlage änderte sich nun aber, nachdem der Generalagent der Société des auteurs etc. an den Angeschuldigten in seiner Eigenschaft als Präsident des Verwaltungsrates die Kundmachung mit Verbot vom 14. Oktober 1893 erlassen hatte; diese Vorkehr, welche dem Angeschuldigten persönlich in gesetzlicher Weise angelegt wurde, machte den Angeschuldigten nicht nur darauf aufmerksam, dass die Museumskapelle geschützte Werke mit gefälschtem Materiale spielen werde, sondern machte ihn — eigentlich überflüssigerweise — in allgemein verständlicher Weise mit den Civil- und Straffolgen bekannt, die sich aus einer Verletzung des Urheberrechts in der angegebenen Weise ergeben würden. Damit erwuchs dem Angeschuldigten die Pflicht, sich darüber Gewissheit zu verschaffen, ob wirklich von der Museumskapelle derartiges Material verwendet werde. Darin, dass er dies unterliess und dass er nicht einmal den Kapellmeister von den Schritten der Société des auteurs etc. in Kenntnis setzte, liegt grobe Fahrlässigkeit auf seiten des Angeschuldigten (vgl. auch Urteile der Polizeikammer vom 26. Mai 1894 i. S. Ernst Mäder). Der Angeschuldigte kann sich nicht darauf berufen, er habe die Notifikation, die ihn in bösen Glauben versetzte, nicht gelesen, denn dieselbe wurde ihm, wie bereits bemerkt, persönlich in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident des Gesellschaftshauses Museum angelegt; dass sie *wirklich* zu seiner Kenntnis gelangt ist, geht am besten daraus hervor, dass die Gegenkundmachung vom gleichen Tage von dem Angeschuldigten selbst in seiner Eigenschaft als Verwaltungsratspräsident des Gesellschaftshauses Museum ausgegangen ist; — es würde übrigens schon in dem Nichtlesen einer dergestalt angelegten Notifikation grobe Fahrlässigkeit des Angeschuldigten zu erblicken sein.

Auch der Einwand ist nicht stichhaltig, der Angeschuldigte habe sich persönlich mit den musikalischen Angelegenheiten der Museums-

gesellschaft nicht befasst, denn nachdem ihm als verantwortlichem Organ der Gesellschaft der Inhalt jener Notifikation zur Kenntnis gelangt sein musste, war er in seiner Stellung verpflichtet, in der erwähnten Weise sich über die rechtliche Zulässigkeit der von der Museumskapelle veranstalteten Aufführungen aufzuklären beziehungsweise falls die in der Notifikation genannten Voraussetzungen vorlagen, von sich aus die Aufführungen zu verhindern oder die beanstandeten Ungesetzlichkeiten zu heben. Er hat indessen weder das eine noch das andere gethan. Die pflichtwidrige Missachtung der ausdrücklich vorgehaltenen Folgen eines gewollten Verhaltens, wie sie seitens des Angeschuldigten vorliegt, charakterisiert sich als grobe Fahrlässigkeit. Es ist demnach auch das subjektive Thathestandsmoment erfüllt.

B. Was die Konzertaufführungen der sogenannten Konstanzer Regimentsmusik anbelangt, so ist

1. der objektive Thathestand der Verletzung des Urheberrechts durch die eingeklagten Aufführungen ebenfalls gegeben; es kann diesbezüglich auf die Ausführungen unter IV, A, 1, verwiesen werden.

2. auch der subjektive Thathestand rücksichtlich *dieser* Aufführungen erfüllt. Von einer dolosen Verletzung des Urheberrechts kann zwar nicht die Rede sein, wohl aber liegt seitens des Angeschuldigten grobe Fahrlässigkeit vor.

Die Kundmachung und Verbot des Knosp-Fischer vom 2. März 1894 war allerdings an den Kapellmeister Handloser und nicht an den Angeschuldigten gerichtet und wurde von einem Mitglied des Verwaltungsrates des Gesellschaftshauses Museum *zu Handen des Notifikaten* entgegengenommen; allein unterm 3. März gleichen Jahres notifizierte der Angeschuldigte seinerseits dem Knosp-Fischer, dass, mit Rücksicht auf das Konzert der Konstanzer Regimentsmusik, die bereits seitens des Gesellschaftshauses Museum deponierte Tantieme um Fr. 50 erhöht werde; diese Vorkehr nun enthält wörtlich folgenden Passus: „Das Programm der Konzerte (der Konstanzer Regimentsmusik) ist dem Notifikanten noch nicht bekannt; es ist aber möglich, dass dasselbe Nummern von Komponisten enthält, die der Société des auteurs etc. angehören und es soll demnach das bereits geleistete Depositum auch zur Sicherstellung allfälliger Rechte an Stücken solcher Komponisten dienen.“

Daraus geht hervor, dass der Angeschuldigte, *infolge jener* Notifikation, von der er somit Kenntnis erhalten haben muss, als möglich und sogar wahrscheinlich annahm, dass geschützte Werke von Mitgliedern der Société des auteurs etc. durch die Konstanzer Regimentsmusik würden zur Aufführung gebracht werden, bezüglich welcher der Notifikant behauptete, dass deren Aufführung mittelst gefälschten Notenmaterials werde bewerkstelligt werden; durch die vorausgegangene Vorkehr des Knosp-Fischer war der Angeschuldigte auch im allgemeinen hinlänglich aufgeklärt worden über die Rechtsfolgen einer Verletzung des Urheberrechts, speciell durch Verwendung gefälschten Materials. Wenn er es trotzdem unterliess, sich über die Erlaubtheit des verwendeten Materials zu vergewissern und gegebenenfalls unerlaubte Aufführungen zu verhindern, so hat er sich aus den bereits unter IV, A, 2, angeführten Gründen eines grob fahrlässigen Verhaltens schuldig gemacht.

V. Der erstinstanzliche Richter hat angenommen, die Straf- und Civilklage bezüglich der behaupteten Urheberrechtsverletzung an dem Werke: „La fille de Madame Angot“ sei verjährt und hat daher der Sache diesbezüglich keine weitere Folge gegeben; allein mit Unrecht. Es ergiebt sich nämlich aus der ersten Strafklage vom 26. Februar 1894 (pag. 11 der Akten) dass die Klägerschaft nicht bloss hinsichtlich der Konzertaufführungen der Museumskapelle während des Zeitraumes vom 15. Oktober bis 12. Dezember 1893, sondern anch hinsichtlich derjenigen, welche vom 12. Dezember 1893 bis 28. Februar 1894 stattfanden, Klage erhoben hat; es wurde denn auch von derselben ausdrücklich die *Ergänzung der Klage* vorbehalten.

Die fraglichen Aufführungen des Stückes „La fille de Madame Angot“ fanden am 2. und 4. Februar 1894 statt, so dass auf sie die der Klage vom 26. Februar 1894 gegebene Ausdehnung beziehungsweise der bezügliche Vorbehalt Anwendung findet. Wenn daher auch erst im Hauptverhandlungstermin vom 5. Oktober 1895 ein auch dieses Stück betreffender Straf- und Civilantrag gestellt wurde, so ist doch mit Rücksicht auf das soeben Angeführte die Verjährung als noch nicht eingetreten anzusehen. Der Angeschuldigte ist somit auch der Verletzung des Urheberrechts bezüglich *dieses* Stückes schuldig zu erklären. Da indessen gegen das I. Urteil die Staatsanwaltschaft nicht appelliert hat, so ist eine Erhöhung der erstinstanzlich ausgesprochenen Strafe ausgeschlossen, und es zieht daher die Schuldigerklärung in diesem Punkte bloss Civilfolgen nach sich.

VI. Sowohl bezüglich der Strafzumessung als des Masses der der Civilpartei zuzuerkennenden Entschädigung ist das erstinstanzliche Urteil zu bestätigen; immerhin erscheint es geboten, die Civilentschädigung, gemäss der von dem erstinstanzlichen Richter offenbar adoptierten Berechnungsart, auf Fr. 172 herabzusetzen, da bei dem Ansatz von Fr. 2 per Stück und Aufführung die erstinstanzliche Fixierung des Entschädigungsbetrages auf einem Rechnungsfehler zu beruhen scheint.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

1. Emil Pümpin wird schuldig erklärt der Widerhandlung gegen das Bundesgesetz vom 23. April 1883 betreffend das Urheberrecht an Werken der Litteratur und Kunst;

und in Anwendung der Art. 12, 13 und 18 desselben sowie 365, 368 und 468 St. V. polizeilich verurteilt:

zu einer Geldbusse zu Fr. 30 oder für den Fall der Nichteinbringlichkeit derselben zu einer Gefängnisstrafe von 6 Tagen; zu einer Entschädigung von Fr. 172 an die Civilpartei Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique à Paris, vertreten durch E. Knosp-Fischer in Bern, sowie zu den Interventionskosten derselben, bestimmt: die erstinstanzlichen auf Fr. 300, die oberinstanzlichen auf Fr. 40, zu Fr. 80 erstinstanzlichen Kosten des Staates und zu Fr. 40 Rekurskosten an denselben.

2. Die erstinstanzlich erklärte Verspätung der Klage wegen Aufführung des Stückes „La fille de Madame Angot“ ist, soweit den Strafpunkt betreffend, in Rechtskraft erwachsen.

3. Die erstinstanzlich den Klägern auferlegten Staatskosten von Fr. 25. 05 werden demselben abgenommen und dem Staate auferlegt.

B. Bernisches Strafrecht.

3. Urteil vom 18. November 1893 gegen G. Sch.

Ehrverletzung. — Ist der Verfasser eines injuriösen Schriftstückes für den Inhalt desselben auch dann strafrechtlich verantwortlich, wenn er als Beauftragter gehandelt hat?

1. Adolf Bregenzer, Kaufmann in Bern, kaufte am 13. Februar 1893 in Wangen von Witwe Elise Zoss geb. Herren, Negotiantin daselbst, ein Haus mit Geschäft. Im Kaufvertrage verpflichtete sich Bregenzer, eine bare Anzahlung an den Kaufpreis von Fr. 3000 zu machen und überdies das mit dem 1. März 1893 zum Fakturapreis zu übernehmende Warenlager sofort bar zu bezahlen. Die Anzahlung von Fr. 3000 wurde vom Käufer geleistet; als aber die Verkäuferin nach Aufnahme eines Inventars über das Warenlager auch die bare Bezahlung des letztern verlangte, erzeigte es sich, dass Bregenzer hierzu nicht im stande war. Es wurde nun zwischen Parteien ein Rückkaufsvertrag abgeschlossen, zufolge welchem Frau Zoss die ihr bezahlten Fr. 3000 behielt und Bregenzer als Ersatz für die Waren, die er aus dem übernommenen Lager bereits verkauft hatte, von ihm selbst bezogene Waren im Werte von Fr. 700 an Frau Zoss abtrat. Da Bregenzer nicht in der Lage war, alle seine Gläubiger befriedigen zu können, so ersuchte er von Zürich aus, wohin er übergesiedelt war, den Notar G. Sch. in Bern, einen Nachlassvertrag zu erwirken. Daraufhin erliess Notar Sch. unterm 12. Mai 1893 an die Gläubiger Bregenzers ein gedrucktes Cirkular, in welchem er denselben vorschlug, die vorhandenen Waren an Zahlungsstatt zu nehmen und zugleich gegen Frau Zoss eine Anfechtungsklage geltend zu machen. In Begründung namentlich des letztern Punktes äusserte er sich in diesem Cirkular folgendermassen:

„Bregenzer verlangte, dass im Kaufvertrage stipuliert werde: An- „zahlung von Fr. 2000 auf die Waren und die Restanz in vierteljähr- „lichen Raten. Man erklärte ihm nun von seiten der Verkäuferin und „ihres Beraters, solches dürfe im Kaufvertrage nicht stipuliert werden, „ansonst die Vormundschaftsbehörde nicht genehmige, sondern es müsse „Barzahlung vorgesehen werden und sei nachher der Zahlungsmodus nach „Wunsch des Bregenzer in besonderem Abkommen zu vereinbaren. Un- „glücklicherweise ging Bregenzer in diese Falle.

„Das Inventar ergab eine Summe von Fr. 5000 und plötzlich wurde „nun, entgegen dem mündlichem Abkommen, Barzahlung verlangt!!

„Weder der Käufer noch sein Vater waren in der Lage, diese Summe „leisten zu können. Bregenzer war deshalb gezwungen, das Haus samt „allem fahren zu lassen, wie es auch unzweifelhaft durch dieses Manöver „von seiten der Verkäuferin beabsichtigt gewesen ist, indem die Besitzung „über und über verschuldet war (Fr. 17,000 Hypotheken, Fr. 1000 Ver- „zugszinse etc. auf Fr. 16,500 Schatzung).

„Damit war die ganze Anzahlung von Fr. 3000 verloren; doch war „damit noch nicht genug: die Verkäuferin verlangte eine fernere Ent-

„schädigung von Fr. 700 betreffend den Warenverkauf und deckte sich „dafür durch Waren, welche dem Bregenzer wenige Tage vorher von „Ihnen und andern geliefert worden sind. Auf diese Weise wurde Bre„genzer binnen drei bis vier Wochen um nahezu Fr. 4000 gerupft; der„selbe hatte Kopf und alles verloren und liess sich scheren nach Willkür!

„Sie werden mit mir einig gehen, dass eine solche ungeheuerliche „Ausbeutung ein wahres geschäftliches Drama genannt werden muss, und „bäumt sich das Gerechtigkeitsgefühl geradezu auf gegen ein solches „Verfahren. Es ist geradezu Pflicht, gegen eine derartige Handlungs„weise aufzutreten, abgesehen von den Interessen der übrigen Gläubiger."

2. Abgesehen von dem Inhalt beziehungsweise Sinn der vorstehend reproduzierten Äusserung, enthält dieselbe schon in ihrer *Form* d. h. in den gebrauchten *Ausdrücken* wie z. B. „Falle", „gerupft", „scheren nach Willkür", „ungeheuerliche Ausbeutung" für die Klägerin den Vorwurf einer ehrrührigen Handlungsweise. Das Cirkular ist an alle Gläubiger des Bregenzer versandt, also öffentlich verbreitet worden. Durch das Urteil über die heute seitens der Civilpartei aufgeworfene Vorfrage ist bereits entschieden worden, dass Bregenzer den Angeschuldigten zu der im Cirkular enthaltenen Ehrbeleidigung nicht angestiftet hat. Die dort verneinte Frage, ob Bregenzer den Angeschuldigten zum Erlass des Cirkulars, so wie es vorliegt, Auftrag gegeben beziehungsweise das letztere vor dessen Erlass genehmigt habe, kann übrigens nur auf das Mass der dem Angeschuldigten aufzuerlegenden Strafe, nicht aber auch auf die Frage der Schuld oder Nichtschuld desselben Einfluss ausüben. Denn wer, sei er nun Fürsprecher, Notar oder gewöhnlicher Bürger, für einen andern ein Schriftstück *verfasst*, wie dies vorliegend Notar Sch. gethan hat, ist für den Inhalt dieses Schriftstückes strafrechtlich selber verantwortlich, auch wenn er in allen Teilen lediglich gemäss erhaltenem Auftrag gehandelt hat (vgl. auch Urteil der Polizeikammer i. S. A. Th. H. vom 25. Juli 1891). Demnach muss die Bestimmung des erstinstanzlichen Urteils, wonach Notar Sch. der einfachen Ehrverletzung gegenüber Frau Zoss schuldig erklärt wird, bestätigt werden. Auch hinsichtlich des Strafmasses und der Höhe der Entschädigung, welche der Angeschuldigte gemäss Art. 55 O.-R. an die Civilpartei zu zahlen hat, ist dem erstinstanzlichen Urteil beizupflichten.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

G. Sch. ist schuldig erklärt der einfachen Ehrverletzung gegenüber Frau Elise Zoss geb. Herren, und in Anwendung der Art. 178 St.-G., 55 O.-R., 365, 368 und 468 St.-V.

verurteilt:

1. Polizeilich zu Fr. 20 Geldbusse.
2. Zu Fr. 50 Entschädigung, Fr. 30 erstinstanzlichen und Fr. 45 oberinstanzlichen Interventionskosten an die Civilpartei Frau Zoss.
3. Zu den Kosten des Staates bestimmt:
   a. Die erstinstanzlichen auf Fr. 21. 15.
   b. Die Rekurskosten des R. A. Burgdorf auf Fr. 4.
   c. Die oberinstanzlichen auf Fr. 17.

4. Urteil vom 25. August 1894 gegen Alfred Flückiger.

Fälschung einer Privaturkunde; fällt die fälschliche Anfertigung einer Privaturkunde unter den Thatbestand des Art. 110 St.-G. — Umfasst der Thatbestand des Art. 110 St.-G. auch den wissentlichen Gebrauch der gefälschten Privaturkunde durch den Fälscher?

Alfred Flückiger schuldete den Eheleuten Müller, bei welchen er sein Zimmer hatte, auf Ende November 1893 Fr. 154. Am 21. November 1893 gab Flückiger sein Zimmer auf, ohne von seiner Schuld an die Eheleute Müller etwas zu bezahlen; seine Effekten liess er im Zimmer zurück. Am 20. darauffolgenden Dezember sandte Flückiger zu Frau Müller einen Dienstmann mit einem angeblich von seiner Mutter, in Wahrheit aber von ihm selbst geschriebenen Brief, nach welchem die Mutter des Flückiger die Frau Müller ersuchte, die Sachen ihres Sohnes dem Dienstmann herauszugeben, und erklärte, für die Schuld des Sohnes gutzustehen. Frau Müller liess sich täuschen und gab dem Dienstmann die Effekten des Flückiger heraus.

Flückiger hat sich der Fälschung einer Privaturkunde im Sinne des Art. 110 St.-G. schuldig gemacht. Die Verteidigung macht geltend, dieser Artikel bedrohe nach seinem Wortlaut nur die Verfälschung, nicht aber auch die fälschliche Anfertigung einer Privaturkunde. Allein wenn auch die Redaktion des deutschen Textes von Art. 110 St.-G. eine etwas flüchtige ist, indem derselbe in der That die deliktische Handlung nur mit „fälscht", nicht, wie Art. 108 St.-G., mit „fälschen oder fälschlich anfertigen" bezeichnet, so ist doch von vornherein nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber das fälschliche Anfertigen einer Privaturkunde habe straflos lassen wollen, und geht aus dem französischen Gesetzestexte klar hervor, dass die behauptete Einschränkung der deliktischen Handlung durch den Gesetzgeber nicht besteht. Dass Flückiger durch seine Handlung die Eheleute Müller geschädigt hat, liegt auf der Hand.

Die Staatsanwaltschaft beantragt, Flückiger sei sowohl der Fälschung einer Privaturkunde als auch des Gebrauches einer gefälschten Privaturkunde schuldig zu erklären. Sie macht geltend, da Flückiger nicht nur eine Privaturkunde fälschlich angefertigt, sondern von derselben auch Gebrauch gemacht habe, treffe neben Art. 110 noch Art. 113 St.-G. zu. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigepflichtet werden. Dass Art. 110 St.-G. auch den Fall umfasst, wo der Thäter von der gefälschten Urkunde Gebrauch macht, ergiebt sich schon daraus, dass die Strafandrohung sich nach der Höhe des „eingetretenen oder beabsichtigten Nachteils" abstuft.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

I. Betreffend die Anklage auf Betrug und Unterschlagung zum Nachteil der Ida Isenschmid ist das den Angeschuldigten Alfred Flückiger freisprechende erstinstanzliche Urteil in Rechtskraft erwachsen.

II. Alfred Flückiger ist von der Anklage auf Gebrauch einer gefälschten Urkunde wegen Nichtvorhandenseins dieses Deliktes (es fällt

der Thatbestand mit demjenigen der Fälschung zusammen) freigesprochen, ohne Entschädigung.

III. Dagegen ist Alfred Flückiger schuldig erklärt der Fälschung einer Privaturkunde, begangen in Bern den 20. Dezember 1893 zum Nachteil des Christoph Müller und der Frau Flückiger, wobei der beabsichtigte Nachteil den Betrag von Fr. 30, aber nicht den von Fr. 300 übersteigt, und in Anwendung von Art. 110, Ziff. 2 und letztes Alinea, sowie Art. 12 St.-G., 368 und 468 St.-V.

verurteilt:

Korrektionell zu zwei Monaten Korrektionshaus, umgewandelt in 30 Tage Einzelhaft, zu einem Jahr Einstellung in der bürgerlichen Ehrenfähigkeit und zur Bezahlung der erstinstanzlichen Kosten des Staates, bestimmt auf Fr. 60. 45, sowie zur Hälfte der Rekurskosten gegenüber demselben im ganzen bestimmt auf Fr. 22.

IV. Die andere Hälfte der Rekurskosten wird dem Staate auferlegt.

5. Urteil vom 27. Oktober 1894 gegen Johann Käch.

Thätliche Bedrohung. Was bedeutet „Zucken" im Sinne des Art. 99 St. G.? — Hausfriedensbruch; berechtigtes Verweilen in fremder Wohnung. — Ist das Verhalten des thätlich Bedrohten bei der Strafzumessung und der Bestimmung der Civilentschädigung zu berücksichtigen?

1. Der Angeschuldigte Johann Käch stand mit dem Kläger Fritz Strahm in geschäftlichem Verkehr. Am 11. Juli 1894 lud Käch den Strahm ein, mit ihm in seine Wohnung zu kommen, um eine Ausrechnung zu treffen. Strahm leistete dieser Einladung Folge. Im Laufe des Ausrechnens ergaben sich zwischen den Beiden Meinungsverschiedenheiten; Strahm strich den ersten Posten der Rechnung Kächs mit einem Bleistifte durch. Hierüber erzürnt, sagte Käch zu Strahm: „Geh' hinaus"; letzterer erwiderte aber: „Nein, ich gehe nicht hinaus, wir wollen jetzt ausrechnen"; der erneuerten Aufforderung seitens des Käch, das Zimmer zu verlassen, setzte Strahm die nämliche Weigerung entgegen. Als nun aber Käch seine an der Wand hängende Flobertpistole herunternahm, ergriff Strahm eiligst die Flucht.

Kurze Zeit nach dem Auftritt äusserte sich Käch vor Zeugen, er hätte nicht geschossen, sondern die Pistole umgekehrt und mit dem Kolben gehauen; und wenn er den Strahm erschossen hätte, so hätte dieses doch nichts machen können, denn er habe das Recht auf seinem Zimmer. Dass die Pistole geladen war, ist indessen nicht genügend erwiesen, ebensowenig, dass Käch dieselbe auf Strahm richtete. Sobald letzterer sah, dass Käch die Pistole in die Hand nahm, eilte er zum Zimmer hinaus.

2. Strahm klagt gegen Käch wegen thätlicher Bedrohung und es fragt sich daher, ob der Thatbestand des Art. 99 St. G. vorliegend ver-

wirklicht sei. Dies ist zu bejahen. Zweifellos lag in dem Herunternehmen der Pistole seitens des Käch eine thätliche Bedrohung des Strahm. Ob die Pistole geladen war und ob Käch damit wirklich auf Strahm schiessen wollte, ist unerheblich; denn wie bei Art. 98, so kommt es auch bei Art. 99 St. G. nicht darauf an, ob der Thäter die Drohung ausführen wollte, sondern darauf, ob sich der *Bedrohte* nach den obwaltenden Umständen für bedroht beziehungsweise in seinem Frieden gestört halten konnte und musste. Und dies war bei Strahm der Fall. Es war ihm nicht zuzumuten, sich erst noch darüber zu vergewissern, ob die Pistole geladen sei, sondern nach der Natur der Sache musste er annehmen, dass dem so sei; er musste also glauben, dass er mit einem Werkzeuge, welches zu Beibringung lebensgefährlicher Verletzungen besonders geeignet ist, bedroht sei, und ebenso musste er befürchten, Käch werde von seiner Waffe den bestimmungsgemässen Gebrauch machen, d. h. schiessen. Fraglich kann allerdings erscheinen, ob das, was Käch mit der Pistole erwiesenermassen vornahm, zum Thatbestand des Art. 99 St. G. genügt. Der deutsche Gesetzestext verlangt nämlich als bedrohende Thätigkeit ein „Zucken“. Dieser Ausdruck, der, wie Art. 99 St. G. überhaupt, aus der Gerichtssatzung vom Jahre 1761 (IV. Teil, VI. Titel, 10. und 11. Satzung) in das Strafgesetzbuch hinübergenommen wurde, passt eigentlich nur für Hieb- oder Stichwaffen. Allein indem als Mittel der thätlichen Drohung in Art. 99 St. G. überhaupt Werkzeuge, welche zur Beibringung lebensgefährlicher Verletzungen besonders geeignet sind, genannt werden, hat daselbst die Thätigkeit des Zuckens eine über den Wortsinn hinausgehende, allgemeine Bedeutung erhalten, in der Weise, dass als ein Zucken im Sinne des Art. 99 St. G. jede Manipulation mit dem lebensgefährlichen Werkzeug anzusehen ist, infolge deren der Bedrohte die *unmittelbare* Verwirklichung der Drohung befürchten muss. Eine solche Thätigkeit war im vorliegenden Falle schon das Herunternehmen der Pistole seitens des Käch; denn als dies geschah, musste Strahm fürchten, dass in wenigen Sekunden ein Schuss fallen werde. Mit dem Herunternehmen der Waffe hatte daher Käch den Thatbestand des Art. 99 bereits erfüllt; ein Richten der Pistole auf Strahm war hierzu nicht erforderlich; übrigens heisst es im französischen Texte des Art. 99 „*tenant en main* un couteau“ etc.

Die Verteidigung macht geltend, auch wenn eine thätliche Bedrohung im Sinne des Art. 99 St. G. als vorhanden anzunehmen wäre, könnte Käch doch nicht bestraft werden, weil Strahm durch seine wiederholte Weigerung, die Wohnung des Käch zu verlassen, sich des Hausfriedensbruchs schuldig gemacht und Käch lediglich in Wahrung seines Hausrechtes gehandelt habe. Abgesehen aber von der Frage, ob ein Hausfriedensbruch seitens des Strahm das Verhalten des Käch zu rechtfertigen vermöchte, so liegt ein solcher nicht vor; nachdem Strahm auf *Einladung* des Käch hin in dessen Wohnung gekommen war, um die Ausrechnung vorzunehmen, brauchte er sich von Käch nicht unverrichteter Dinge wieder fortschicken zu lassen, sondern war berechtigt, daselbst zu bleiben, bis entweder die Ausrechnung zu stande gekommen war, oder er nicht mehr daran zweifeln konnte, dass bezüglich derselben eine Verständigung nicht möglich sei. Dass Strahm einen Posten der Rechnung des Käch mit dem Bleistift durchstrich, war zwar ein brüskes Vorgehen,

genügte aber doch unter den obwaltenden Umständen noch nicht, um Käch zu Fortweisung seines Geschäftsfreundes zu berechtigen.

Muss somit Käch wegen thätlicher Bedrohung des Strahm bestraft werden, so ist das Vorgehen des letztern doch sowohl bei der Strafausmessung als bei der Bestimmung der Entschädigung, die dem Strahm auf Grund des Art. 55 O. R. für die ausgestandene Todesangst zukommt, zu gunsten des Angeschuldigten in Berücksichtigung zu ziehen. Dies hat indessen der Vorderrichter in genügendem Masse gethan.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

Johann Käch ist schuldig erklärt der thätlichen Bedrohung des Friedrich Strahm, Händler in Münchenbuchsee;

und in Anwendung der Art. 99 St. G., 55 und 51 O.-R., 365, 368 und 468 St. V.

verurteilt:

1. Korrektionell zu einem Tag Gefängnis.
2. Polizeilich zu Fr. 30 Geldbusse.
3. Zu Fr. 50 Entschädigung, Fr. 38. 50 erstinstanzlichen und Fr. 40 oberinstanzlichen Rekurskosten an die Civilpartei Friedrich Strahm.
4. Zu den Kosten des Staates, bestimmt:
   die erstinstanzlichen auf Fr. 37. 05;
   „ Rekurskosten auf Fr. 22.

6. Urteil vom 8. Dezember 1894 gegen Gottfried Schneeberger.

Das Hausrecht des Wirtes gegenüber einem Gast. — Schadenersatzpflicht des Freigesprochenen.

1. Der Kläger Jakob Mühlethaler trat am 15. Januar 1894 zwischen 10 und 11 Uhr abends in die Wirtschaft des Angeschuldigten Gottfried Schneeberger an der Gerechtigkeitsgasse in Bern, setzte sich an einen Tisch und schlief ein. Als Mitternacht heranuahte, weckte ihn Schneeberger durch wiederholtes Schütteln mit dem Bemerken, es sei bald Mitternacht. Mühlethaler setzte sich zur Wehr und stiess den Wirt von sich. Dadurch erzürnt, versetzte ihm letzterer eine Ohrfeige. Da Mühlethaler der Aufforderung des Wirts, die Wirtschaft zu verlassen, keine Folge leistete, stiess ihn derselbe zur Wirtschaft hinaus; die Thüre schloss Schneeberger hinter Mühlethaler sofort zu. Darüber, was draussen vor sich ging, fehlen Zeugenaussagen. Erwiesen ist, dass Mühlethaler betrunken war. Ferner steht fest, dass von der Wirtschaft nach der Laube 2 oder 3 Stufen führten.

Am 18. Januar liess sich der Kläger von einem Arzt untersuchen. Dieser konstatierte leichte Kontusionen an den Augen und an der linken Ohrmuschel, sowie eine Hautschürfung am rechten Ellenbogen; nach dem Arztzeugnis rührten die Verletzungen von Quetschungen her, die mehrere Tage vor der Untersuchung stattgefunden hatten. Durch gerichtsärztliches Gutachten ist festgestellt, dass die Schürfung am rechten Ellen-

bogen für Mühlethaler eine vollständige Arbeitsunfähigkeit von 14 Tagen zur Folge gehabt hat.

2. Der Kausalzusammenhang zwischen der Thätigkeit des Angeschuldigten und der Verletzung des Klägers am rechten Ellenbogen, welchen Zusammenhang der erstere bestreitet, muss als vorliegend angesehen werden. Mühlethaler behauptet, als Schneeberger ihn zur Wirtschaft hinausgestossen habe, infolge des Stosses draussen zu Boden gefallen zu sein und hierbei sich die fragliche Verletzung zugezogen zu haben. Da diese Darstellung nach den Umständen als die natürliche Erklärung der Ursache der Verletzung erscheint und Anhaltspunkte zu einer andern Erklärung fehlen, so ist sie als wahr anzunehmen. Es ist wahrscheinlich, dass der Zustand der Betrunkenheit, in dem sich Mühlethaler befand, dessen Hinfallen befördert hat; dadurch wird indessen der Kausalzusammenhang zwischen der Thätigkeit des Angeschuldigten und dem eingetretenen Erfolg nicht aufgehoben.

Gleichwohl ist indessen der Angeschuldigte nicht strafbar. Zwar könnte nicht angenommen werden, dass in dem Wegstossen des Schneeberger durch Mühlethaler eine erste Thätlichkeit im Sinne von Art. 145, Al. 2, St. G. liege; es wird dies übrigens vom Angeschuldigten auch nicht behauptet. Dagegen trifft vorliegend Art. 95, Al. 2, St. G. zu, wonach wegen Verletzungen, welche dem Hausfriedensstörer von dem zur Abwehr Berechtigten beigebracht werden, der letztere nicht strafbar ist, sofern die Verletzungen nicht eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 20 Tagen zur Folge hatten. Wie nämlich die Polizeikammer bereits in ihrem Urteil i. S. Christian Bigler und Franz Marro vom 25. Mai 1892 festgestellt hat, steht dem Inhaber einer Wirtschaft auch gegenüber seinem Gaste ein Hausrecht zu. Durch die öffentlich-rechtliche Verpflichtung des Wirts, das Wirtschaftslokal dem Publikum zur Verfügung zu halten (siehe Art. 1 des Dekrets des Grossen Rates über die Öffnungs- und Schliessungsstunde der Wirtschaften etc. vom 2 Juli 1878), sowie durch das Vertragsverhältnis, in welchem der Wirt zu seinem Gaste steht, wird das Hausrecht des Wirts nur *beschränkt*, nicht aber aufgehoben. Insbesondere ist der Wirt infolge des ihm zustehenden Hausrechts befugt, einen Gast, der sich in ungeziemender Weise aufführt, aus der Wirtschaft zu weisen (vgl. Olshausen, Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuch, III. Auflage, Note 15 ad § 123). Im vorliegenden Falle war Schneeberger nicht gehalten, den Mühlethaler länger im Wirtschaftslokal schlafen zu lassen, dies um so weniger, als die Stunde herannahte, wo er seine Wirtschaft schliessen musste, wenn er nicht straffällig werden wollte. Er war daher berechtigt, den Mühlethaler zu wecken und zum Verlassen der Wirtschaft aufzufordern. Indem er, als dieser sich der Aufforderung widersetzte, ihn schlug und zur Wirtschaft hinausstiess, machte er sein Hausrecht geltend, und er kann für die Verletzungen, die er hierbei dem Mühlethaler beigebracht hat, nicht bestraft werden.

Nicht zu dem nämlichen günstigen Resultate für den Angeschuldigten führt die Beurteilung der gegen ihn seitens des Klägers adhäsionsweise erhobenen Entschädigungsklage. Hier fällt die Bestimmung des Art. 95, Al. 2, St. G. ausser Betracht; materiell-rechtliche Grundlage des Urteils bilden allein die Bestimmungen des O. R., Art. 50 u. ff. Nun war Schneeberger, wenn er auch kraft seines Hausrechts den Mühlethaler zur Wirt-

schaft hinausbefördern durfte, doch nicht befugt, ihn mit Ohrfeigen zu misshandeln, und auch nicht berechtigt, ihn in einer Weise znr Wirtschaft hinauszustossen, dass er zu Boden fallen musste. Dass der betrunkene Mühlethaler, wenn er einfach zur Thüre hinausgestossen wurde, draussen über die Stufen hinunterfallen würde, konnte Schneeberger jedenfalls voraussehen. Er haftet daher für den Schaden, den Mühlethaler erlitten hat, dies indessen nicht in vollem Umfange, da den letztern ein Mitverschulden trifft (Art. 51, Al. 2, O. R.).

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

I. Gottfried Schneeberger wird von Strafe befreit.

II. In Anwendnng der Art. 50, 51 und 53 O. R., 365 St. V. ist derselbe

verurteilt:

Zn Fr. 50 Entschädigung an die Civilpartei Jakob Mühlethaler, Maler, Metzgergasse 38, in Bern.

III. Die Kosten des Staates sind in Anwendung des Art. 368 St. V. zur Hälfte dem Angeschuldigten Schneeberger und zur Hälfte der Civilpartei Mühlethaler anferlegt.

IV. Die Kosten der Parteien sind wettgeschlagen.

7. Urteil vom 12. Dezember 1894 gegen Gustav Laupner.

Thätliche Bedrohung. — Widerhandlung gegen das Gesetz über die Ausübung der medizinischen Berufsarten. — Verweisung eines Deutschen aus dem Gebiete des Kantons Bern, gemäss Artikel 17, Absatz 3, des bernischen Strafgesetzes.

Gustav Laupner, geboren 1832, Deutscher, von Beruf Schreiner, ist angeklagt der thätlichen Bedrohung des Eduard Fahrni. Durch mehrere übereinstimmende Zeugenaussagen ist erwiesen, dass Laupner am Nachmittag des 4. Juni 1894 seinen Revolver zu einem Fenster der Badeanstalt, deren Mieter er ist, gegen den draussen stehenden Fahrni hinaushielt und drohte, wenn Fahrni sich nicht entferne, so schiesse er, worauf Fahrni davonsprang. Dadurch hat Laupner den Thatbestand der thätlichen Bedrohung im Sinne des Art. 99 des Strafgesetzes erfüllt. Ob der Revolver geladen war und ob Laupner wirklich mit demselben auf Fahrni schiessen wollte, ist nach der Praxis der Polizeikammer (s. Urteil derselben i. S. Johann Käch vom 27. Oktober 1894) unerheblich. Entscheidend ist, ob der Bedrohte sich als mit einem Werkzeug, das zur Beibringung lebensgefährlicher Verletzungen besonders geeignet ist, thätlich bedroht hält und nach den Umständen bedroht halten muss. Dies war bei Fahrni der Fall. Er musste annehmen, der Revolver sei geladen und es bestehe die Gefahr, dass Laupner auf ihn schiessen werde, und sein Verhalten zeigt, dass er auch wirklich in diesem Glauben sich befand.

Ferner steht Gustav Laupner unter der Anklage auf Widerhandlung gegen das Gesetz über die Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865, begangen dadurch, dass er, ohne im Besitze eines Patentes zu sein, in Bern den ärztlichen Beruf ausgeübt hat. Laupner hat seit November 1890 die Badanstalt des Eduard Fahrni am Langmauerweg in Bern in Miete. Er giebt zu, seit dieser Zeit an gesunde und kranke Personen Bäder nach der Kuhne'schen Heilmethode verabfolgt zu haben. Nach seiner Aussage werden diese Bäder je nach der Krankheit des Patienten verschiedenartig angewendet. Aus Zeugenaussagen geht hervor, dass Laupner bei den Leuten, die bei ihm Heilung von Krankheiten suchten, die Art der Krankheit selbst feststellte und nach dem Ergebnis seiner Untersuchung die Bäder verordnete. Die letztern administrierte er teils selbst, teils ordnete er sie bloss an. Durch Geständnis in Verbindung mit Zeugenaussagen ist ferner konstatiert, dass Laupner den Patienten eine bestimmte und zwar nicht immer die nämliche Diät vorschrieb. Für seine Dienste liess er sich in der Regel mit Fr. 3 pro Bad bezahlen. Ein Arztpatent besitzt Laupner nicht.

Nun machen sich nach Art. 1, Ziff. 1, des Gesetzes über die Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865 „alle andern Personen" — zu welchen namentlich diejenigen gehören, die kein Arztpatent besitzen — „welche gewerbsmässig und gegen Belohnung in einen Zweig der Heilkunde einschlagende Verrichtungen besorgen", der unbefugten Ausübung der Heilkunde schuldig. Und nach Art. 12 des nämlichen Gesetzes besteht die Ausübung des ärztlichen Berufes u. a. „in Erteilung von Rat und Hülfe in allen Fällen, wo dieselbe zur Verhütung befürchteter oder zur Heilung wirklicher Störung des Gesundheitszustandes von Menschen verlangt wird". Nach diesen Bestimmungen hat Laupner sich der Widerhandlung gegen das Medizinalgesetz schuldig gemacht. Er hat sich nicht darauf beschränkt, bestimmte Bäder gemäss erhaltenem Auftrag zu administrieren; sondern er hat an Personen, die zu ihm gekommen sind, oder ihn haben rufen lassen, um seine Dienste zur Heilung von Krankheiten in Anspruch zu nehmen, bestimmte Krankheiten *diagnostiziert* und je nach der Art der Krankheiten ein bestimmtes Heilverfahren *verordnet*. Er hat also an Personen in Fällen befürchteter oder wirklicher Krankheit auf Verlangen *Rat und Hülfe* erteilt. Und zwar hat er dies *gewerbsmässig und gegen Entgelt* gethan. Dass er nicht auch Medikamente verordnet hat, schliesst seine Schuld nicht aus, da diese Thätigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs im Sinne des Art. 12 leg. cit. nicht erforderlich ist. Ohne Bedeutung für die Schuldfrage ist auch, mit welchem Erfolg Laupner sein Verfahren angewendet hat.

Wohl aber ist die letztere Frage von Einfluss auf das Strafmass. Und da hat denn die Untersuchung ergeben, dass bei mehreren Personen das Verfahren des Angeschuldigten geradezu schädlich gewirkt hat. Um dem Treiben des Angeschuldigten, das sich sonach als gemeingefährliches darstellt, im Kanton Bern definitiv den Riegel zu schieben, erscheint es geboten, nicht nur eine empfindliche Geldbusse auszusprechen, sondern auch die Bestimmung von Art. 17, Al. 3, St.-G. zur Anwendung zu bringen, wonach, wenn der wegen einer strafbaren Handlung Verurteilte keinem schweizerischen Kanton angehört, mit der ausgesprochenen Strafe

eine Verweisung bis höchstens 20 Jahre verbunden werden kann. Die Verteidigung bestreitet, dass es staatsrechtlich statthaft sei, den Angeschuldigten des Kantons zu verweisen, indessen mit Unrecht. Allerdings bestimmt der Niederlassungsvertrag zwischen der Schweiz und dem Deutschen Reiche vom 27. April 1876 in Art. 1, erster Satz: „Die Deutschen sind in jedem Kanton der Eidgenossenschaft in Bezug auf Person und Eigentum auf dem nämlichen Fusse und auf die nämliche Weise aufzunehmen und zu behandeln, wie es die Angehörigen der andern Kantone sind oder noch werden sollen." Allein der unmittelbar darauffolgende Satz, lautend: „Sie können insbesondere in der Schweiz ab- und zugehen und sich daselbst dauernd oder zeitweilig aufhalten, *wenn sie den Gesetzen und Polizeiverordnungen nachleben*" — enthält eine bedeutende Einschränkung dieses Grundsatzes mit Bezug auf das Recht des Aufenthalts und der Niederlassung. Und in Art. 7 des erwähnten Niederlassungsvertrages ist der Fall der Ausweisung der Angehörigen des einen Teils aus dem Gebiete des andern Teils durch *gerichtliches Urteil* ausdrücklich vorgesehen. — Den angeschuldigten Laupner aus dem Gebiet des Kantons Bern zu verweisen, ist um so mehr gerechtfertigt, als Art. 99 St.-G., dessen Thatbestand Laupner verwirklicht hat, Ausweisung ausdrücklich androht. In betreff der Widerhandlung gegen das Medizinalgesetz fällt auch strafschärfend ins Gewicht, dass Laupner seine Praxis während mehreren Jahren und, wie es scheint, in bedeutendem Umfange betrieben hat. Immerhin kann die Geldbusse von Fr. 200 auf Fr. 100 herabgesetzt werden. Ebenso erscheinen 4 Tage Gefängnis für die thätliche Bedrohung, deren sich Laupner schuldig gemacht hat, als eine etwas zu strenge Strafe.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

I. Gustav Laupner ist schuldig erklärt:

a) der thätlichen Bedrohung des Eduard Fahrni, begangen zu Bern am 4. Juni 1894;

b) der Widerhandlung gegen das Gesetz über die Ausübung der medizinischen Berufsarten vom 14. März 1865.

II. Derselbe ist in Anwendung der Art. 99, 17, Al. 3, und 66 St.-G., Art. 1, 12, 25 und 26 des genannten Medizinalgesetzes, Art. 55 O.-R., 365, 368 und 468 St.-V.

verurteilt:

1. Korrektionell zu 2 Tagen Gefängnis.
2. Polizeilich zu Fr. 100.— Geldbusse.
3. Zu 10 Jahren Verweisung aus dem Gebiete des Kantons Bern.
4. Zu Fr. 20.— Entschädigung an die Civilpartei Eduard Fahrni.
5. Zu den Kosten des Staates, bestimmt:
   a) die erstinstanzlichen auf Fr. 133.—
   b) die Rekurskosten auf Fr. 28.—

8. Urteil vom 22. Mai 1895 gegen J. F. Cuny-Elbel.

Begründet die Unterlassung, Kunstweine u. s. w. **in der Faktur** *als solche zu bezeichnen, eine Übertretung gemäss § 6 der Verordnung des Regierungsrates betreffend die Untersuchung geistiger Getränke?*

1. Johann Ferdinand Cuny-Elbel, Weinhändler in Basel, lieferte laut Faktur vom 29. Dezember 1894 an Alfred Ritschard, Weinhändler in Interlaken, „ein Fässchen Weisswein, coupiert 7 8°“, enthaltend 170 Liter à Fr. 20, und „ein Fässchen Rotwein, coupiert 7 8°“, enthaltend 182 Liter à Fr. 20. Ritschard verweigerte die Annahme des Weines, angeblich wegen Mehrlieferung. Der Wein wurde am 2. Januar 1895 durch den Lebensmittelinspektor beanstandet und vom Kantonschemiker untersucht. Das Gutachten des letzteren lautete dahin, dass sowohl der Weisswein als der Rotwein lediglich Kunstwein sei. Gestützt hierauf wurde gegen Cuny-Elbel wegen Widerhandlung gegen das Lebensmittelpolizeigesetz vom 26. Februar 1888 Strafklage erhoben.

2. Ritschard hatte von Cuny-Elbel ein gedrucktes Cirkular zugesandt erhalten, aus welchem folgende Stellen hervorzuheben sind:

„Indem ich durch gegenwärtiges Cirkular anzeige, dass ich jedes Jahr zur Erntezeit

Süsse Trockenbeerweine

verfertige, welche . . ., notiere Ihnen heute meine Preise über alte abgelagerte Ware wie folgt:

Weisswein RS.	6 und 8°	à Fr.	14. —	bis	18. —
do. coupiert	7 „ 8°	à „	20. —	„	22. —
Rotwein „	7 „ 8°	à „	20. —	„	22. —“

Was Ritschard bestellte, ist aus den Akten nicht ersichtlich, ergiebt sich aber klar aus dem von der Verteidigung heute vorgelegten Bestellbrief vom 19. Dezember 1894, welcher deshalb von Amtes wegen zu den Akten zu erkennen ist. Derselbe hat folgenden Wortlaut:

„Bezugnehmend auf Ihre geehrte Offerte möchte ich Sie ersuchen, mir umgehend je ein Muster von Ihrem Weiss- und Rotwein à Fr. 20 zusenden zu wollen.“

Aus diesem Briefe in Verbindung mit dem gedruckten Cirkular des Cuny-Elbel geht unzweifelhaft hervor, dass Ritschard nicht *Naturwein*, sondern *Kunstwein* bestellt hat. Der Angeschuldigte hat also nicht etwas anderes geliefert, als bestellt war.

Dadurch fällt sowohl der Thatbestand von § 12, II, Art. 233, Ziff. 2, des Lebensmittelpolizeigesetzes, als auch derjenige des letzten Alineas dieses Artikels dahin, und es fragt sich nur noch, ob sich Cuny-Elbel nicht der Widerhandlung gegen § 6 der regierungsrätlichen Verordnung vom 19. März 1890 betreffend die Untersuchung geistiger Getränke schuldig gemacht hat, wonach Kunstweine nur unter einer ihrer Zusammensetzung genau entsprechenden Bezeichnung verkauft werden dürfen.

In der *Faktur* vom 29. Dezember 1894 ist nun augenscheinlich der von Cuny-Elbel gelieferte Wein nicht seiner Zusammensetzung entsprechend

bezeichnet, indem ein Hinweis darauf, dass der Wein zum Teil aus Trockenbeerwein bestand, fehlt. Indessen erscheint es mit Rücksicht auf den Zweck der in Frage stehenden Vorschrift, der offenbar dahin geht, das Publikum vor Täuschung zu schützen, als genügend, wenn das Getränk beim *Kaufsabschlusse* in einer seiner Herstellungsweise genau entsprechenden Weise bezeichnet worden ist, sofern nicht etwa die Faktur in einer Weise abgefasst ist, welche trotz jener frühern genauen Bezeichnung beim Abnehmer über die Herstellungsweise des Weines Zweifel auftauchen lässt. In vorliegendem Falle hat Cuny-Elbel in dem gedruckten Cirkular ausdrücklich Trockenbeerwein, bezw. Mischungen mit solchem, offeriert. Wie sich aus einer Vergleichung der Faktur mit dem Cirkular und dem Bestellbrief deutlich ergiebt, hat er sodann in der Faktur einfach diejenigen *Sorten* der *offerierten* Weine angeführt, welche Ritschard bestellt hatte. Für den letztern konnte mithin aus der Fassung der Faktur über die Herstellungsweise des gelieferten Weines ein Zweifel nicht entstehen.

Der Angeschuldigte ist daher von Schuld und Strafe freizusprechen.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

I. Der heute von der Verteidigung vorgelegte Bestellbrief wird von Amtes wegen zu den Akten erkannt.

II. Johann Ferdinand Cuny-Elbel ist von Schuld und Strafe freigesprochen ohne Entschädigung.

III. Demselben ist für die Kosten seiner Verteidigung ein Betrag von Fr. 40, zu tragen durch den Staat, zugesprochen.

IV. Die Kosten der Untersuchung sind dem Staate auferlegt.

9. Urteil vom 4. September 1895 gegen Friedrich Ryser.

Bezieht sich die Vorschrift des § 41, Ziff. 1, des Gesetzes über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken auch auf den Grosshandel mit geistigen Getränken? — Verletzt eine solche Vorschrift den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit?

Soweit der Angeschuldigte Friedrich Ryser wegen Widerhandlung gegen § 41, Ziff. 2, des Gesetzes über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken verurteilt worden ist, wird das erstinstanzliche Urteil nicht angefochten.

Dagegen bestreitet Ryser, wegen Widerhandlung gegen die Vorschrift von § 41, Ziffer 1, dieses Gesetzes, wonach an Sonn- und Festtagen durch andere Verkaufsstellen als die Wirtschaften kein Verkauf geistiger Getränke über die Gasse stattfinden darf, strafbar zu sein. Er giebt zwar zu, an Sonntagen Wein im *Grosshandel*, d. h. in Quantitäten von nicht unter 2 Litern, über die Gasse verkauft zu haben, glaubt aber hierzu berechtigt gewesen zu sein. Da die von der Polizeikammer er-

gänzungsweise angeordnete Untersuchung, ob Ryser an Sonntagen nicht auch den Verkauf geistiger Getränke über die Gasse im Kleinhandel betrieben habe, ein negatives Resultat gehabt hat, so muss die Frage entschieden werden, ob der Verkauf solcher Getränke über die Gasse an Sonntagen auch dann durch gültiges Gesetz verboten und mit Strafe bedroht sei, wenn er im *Grosshandel* geschieht.

Der Angeschuldigte macht nun in erster Linie geltend, die in Frage stehende Vorschrift von § 41, Ziffer 1, des Wirtschaftsgesetzes beziehe sich nur auf den Kleinhandel. Allein schon aus dem Texte des § 41 leg. cit., der schlechthin vom „Handel mit geistigen Getränken" spricht, in Verbindung mit der ganzen Anlage des den § 41 enthaltenden Gesetzestitels, welcher „Handel mit geistigen Getränken" überschrieben ist und gleich in seinem ersten Paragraphen (§ 33) sagt: „Der Handel mit geistigen Getränken ist entweder Grosshandel oder Kleinhandel" — geht deutlich hervor, dass mit der Vorschrift von § 41, Ziffer 1, sowohl der Grosshandel als der Kleinhandel gemeint ist. Und jeder Zweifel in dieser Hinsicht muss schwinden, wenn man die Entstehungsgeschichte der Bestimmung berücksichtigt. Auf Antrag der grossrätlichen Kommission, welchem Antrag die Regierung zustimmte, wurde nämlich im Entwurf des Gesetzes in § 41 der Ausdruck „Kleinhandel" ersetzt durch „Handel", und es sagte darauf der Berichterstatter des Regierungsrates in der Beratung des Gesetzes durch den Grossen Rat: „Der Sinn der Ziffer 1 ist aber der, dass diejenigen Geschäfte, welche, gestützt auf ein Patent, *Gross-* und Kleinhandel treiben, an Sonn- und Festagen und an anderen Tagen nach 8 Uhr abends nicht mehr über die Gasse verkaufen sollen" (siehe Tagblatt des Grossen Rates, Jahrgang 1894, pag. 77, und Beilagen, pag. 13). — Mit dieser Interpretation von § 41, Ziff. 1, steht die von der Verteidigung angerufene Bestimmung von § 34, wonach im übrigen, d. h. abgesehen von der Verpflichtung der Eintragung des Grosshändlers mit geistigen Getränken in die Kontrolle und vorbehaltlich der Vorschriften des Gewerbegesetzes über die Aufbewahrung von Sprit und Branntwein, der Grosshandel ein freies Gewerbe ist, keineswegs im Widerspruch. Denn es liegt auf der Hand, dass hier der Grosshandel mit geistigen Getränken ein freies Gewerbe genannt wird im Gegensatz zum *Kleinhandel*, für dessen Betrieb nach § 35 der Besitz eines Wirtschafts- oder Verkaufspatentes erforderlich ist.

In zweiter Linie behauptet der Angeschuldigte, die in Frage stehende Bestimmung verstosse, soweit sie den Grosshandel betreffe, gegen die durch die Bundesverfassung gewährleistete Handelsfreiheit. Indessen ist auch dieser Standpunkt nicht haltbar. Zunächst muss die Ansicht abgelehnt werden, Art. 31, litt. *e*, B.-V. sei, soweit den Grosshandel mit geistigen Getränken betreffend, durch Art. 32bis B.-V. aufgehoben, indem in letzterem Artikel alle für diesen Handel zulässigen Beschränkungen aufgezählt seien; denn das wäre offenbar unsinnig und geht auch aus dem Wortlaute des Bundesbeschlusses vom 26. Juni 1885 betreffend teilweise Änderung der Bundesverfassung keineswegs mit Notwendigkeit hervor. Nach Art. 31, litt. *e*, B.-V. sind nun Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben zulässig, sofern sie nicht den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst beeinträchtigen. Die Bestimmung von § 41, Ziffer 1, des Wirtschaftsgesetzes ist aber eine solche Ver-

fügung; sie ist erlassen aus Gründen des öffentlichen Wohls, im Interesse der Sonntagsruhe und zur möglichsten Verhütung sonntäglicher Trinkgelage, und wieso sie den Grundsatz der Handelsfreiheit beeinträchtigen sollte, kann hierorts nicht eingesehen werden.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer erkannt:

Friedrich Ryser ist schuldig erklärt der Widerhandlung gegen § 41, Ziff. 1, des Gesetzes über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken vom 15. Juli 1894 — und in Anwendung dieser Gesetzesstelle, sowie der Art. 368 und 468 St. V.

verurteilt:

1. polizeilich zu Fr. 10 Geldbusse;
2. zu den Kosten des Staates bestimmt:
   a) die erstinstanzlichen auf Fr. 14,
   b) die Rekurskosten des Richteramtes Wangen, inkl. die Kosten der von der Polizeikammer angeordneten Aktenergänzung auf Fr. 10,
   c) die oberinstanzlichen auf Fr. 17.

Die Bestimmung des erstinstanzlichen Urteils, wonach Friedrich Ryser wegen Widerhandlung gegen § 41, Ziff. 2, des Wirtschaftsgesetzes zu Fr. 10 Busse verurteilt ist, ist in Rechtskraft erwachsen.

10. Urteil vom 30. Mai 1896 gegen Friedrich Gasser.

Wer an das Fenster einer Gefängniszelle klopft, um einem Gefangenen eine Säge zuzustellen, damit er ausbrechen könne, hat weder einen Gefangenen zu befreien versucht, noch ist er wegen versuchter Beihülfe zu der Befreiung eines Gefangenen strafbar.

I. 1. Friedrich Gasser wurde am 28. Januar 1896 aus der Strafanstalt Thorberg nach Verbüssung von zwei Jahren Zuchthaus- und von zwei Jahren Korrektionshausstrafe entlassen; er begab sich hierauf zu seiner Frau nach Kleindietwyl. Am 25. Februar gleichen Jahres entfernte sich Gasser von dort mit der Angabe, er wolle nach Krauchthal zu einem gewissen Steffen gehen, welchen er sprechen müsse; seiner Frau, welche ihn fragte, worum es sich bei dieser Besprechung handle, gab er zur Antwort, das gehe sie nichts an, sie habe sich nicht darein zu mischen. Gasser erhielt von seiner Frau für diese Reise Fr. 14 mit. In Herzogenbuchsee löste er ein Retourbillet nach Hindelbank, stieg aber schon in *Burgdorf* aus und kaufte daselbst in der Eisenhandlung Albert Hirsbrunner ein sog. Stahlsägli für Fr. 6. 40; die gekaufte Säge war die einzige noch vorrätige dieser Art; nach Angabe der Ladentochter, welche den Gasser damals bediente, fragte derselbe, ob er später noch blosse (Säge-)Blättlein kaufen könne, falls dasjenige des Stahlsägli zerbrechen sollte.

Gasser begab sich sodann in den Tabakladen Lüthi und kaufte dort mehrere Päcklein Tabak und ein Bündlein Cigarren; er liess den Tabak und die Cigarren der Reihe nach auf das gekaufte Werkzeug, *auch neben den Griff* desselben legen und das ganze in Papier wickeln, so dass es ein längliches, geviertes Päcklein gab.

Hierauf ging Gasser mit demselben über Oberburg nach Thorberg, wo er etwa um $4^{1}/_{2}$ Uhr nachmittags anlangte; von Krauchthal weg schlug er nicht den gewöhnlichen Weg nach der Strafanstalt ein, sondern stieg auf der Nordseite über den bewaldeten und felsigen Abhang hinauf, da, wo es, seinen in der Hauptverhandlung gemachten Angaben zufolge, „am verflüchtesten" sei.

Bei dem auf der Nordseite des alten Zellengebäudes (Korrektionshausgebäudes) im Souterrain befindlichen, neben den Webkellern gelegenen, untersten Gange wartete er, seinen Angaben zufolge, eine Zeit lang, angeblich auf Webmeister Steffen, und klopfte hierauf, nachdem er die Thüre (des Webkellers) zweimal habe gehen hören, angeblich in der Annahme, Steffen komme, ans Fenster. Landjäger Beutler, welcher durch den Ruf eines Sträflings, wer da aussen sei, aufmerksam geworden, trat zu den beiden kleinen Gangfenstern und bemerkte, dass jemand (Gasser) sich draussen bückte; Beutler konnte Gasser der Fenstergitter wegen nicht sehen. Auf die wiederholte Frage, wer da sei, sagte Gasser, er wolle zu Webmeister Steffen; als Beutler ihm vorhielt, ob er denn den Weg nicht kenne und nicht wisse, wo man hinzugehen müsse, erwiderte Gasser, man habe ihn im Dorfe unten, als er nach dem Wege gefragt habe, da hinauf gewiesen; auf die weitere Frage Beutlers nach seinem Namen gab Gasser zur Antwort, das gehe ihn nichts an. Als Beutler hierauf hinaus ging, sprang Gasser den Abhang hinab; bei der Verfolgung fiel er um und konnte eingeholt und verhaftet werden; Landjäger Beutler fand in der Nähe des Ortes, wo Gasser umgefallen war, ein Paket in Papierumhüllung, welches ausser dem in Burgdorf gekauften Stahlsägli und den darum verpackten Tabakpäcklein und Cigarren einen von Gasser mit Bleistift geschriebenen Brief enthielt; derselbe lautet wörtlich folgendermassen: „Werthe Kameraden, kan nicht begreifen, warum Ihr mir nicht antwortet auf meinen Brief. Habe doch noch eine Marke beigelegt. Schicke heute das besagte und hoffe ich werde bald mündlich erfahren, wie es Euch geht. Ich habe Euch ja meine Lage geschildert, so wäre es jetzt umsonst. In der Hoffnung Ihr werdet das Geschäft gut zu Ende bringen grüsst Euch freundlich. Schreibe dieses am Bord von Thorberge. Behaltet alles vür Euch. Bin in Burgdorf gewessen und habe kein anderes bekomen muss sehr sparsam sein Machet dass der H. komt. Werde mein Möglichstes thun für Euch. Gasser 25/II Nachmittags 5 Uhr."

2. *a. α.* Gasser hat, über den *Zweck* seiner Reise nach Thorberg befragt, in der Voruntersuchung folgende Angaben gemacht: In der Strafanstalt Thorberg habe er mit Sträfling Lanz an Sonntagen künstliche Wandkalender verfertigt; er habe einen solchen seinerzeit durch den Webmeister Steffen seiner Frau zugeschickt; in Kleindietwyl habe man nun diesen Kalender gesehen und auch welche gewünscht; deshalb habe er sich (nach seiner Entlassung) in einem an Steffen gerichteten Briefe an Lanz mit dem Ersuchen gewendet, für ihn Kalender zu machen; er habe sich anerboten, mit dem nötigen Material nach Thorberg zu kommen, so-

bald er Antwort erhalte; diese letztere sei nun aber ausgeblieben, so dass er selbst nach Thorberg gegangen sei, nm nachznsehen, wie die Sache stehe; er habe Tabak nnd zwei Weichseltabakpfeifen für die Sträflinge Lanz nnd Feller, welche ihm in der Strafanstalt Unterkleider zum Tragen gegeben hätten, mitgenommen, ebenso farbiges Papier für die Herstellung der fraglichen Kalender.

β. Richtig ist, dass Steffen von Gasser nach dessen Entlassnng einen (nicht mehr vorhandenen) Brief erhalten hat; allein weder Steffen noch dessen Ehefrau, welch letztere diesen Brief ebenfalls gelesen hat, wissen etwas davon, dass in demselben von Wandkalendern die Rede gewesen wäre; auch *Lanz* will nichts davon wissen, dass Gasser ihm bei der Entlassung oder seither den Auftrag gegeben hätte, Wandkalender anzufertigen, Gasser habe ihm auch nie gesagt, er werde nach Thorberg kommen und etwas bringen; er, Lanz, habe ihm in der That vor etwa 3 Jahren einen „Untermuz" zum Tragen gegeben; in der letzten Zeit habe Gasser aber gar nichts von ihm, Lanz, erhalten. Die Ehefrau Gassers hat ferner nichts davon bemerkt, dass ihr Mann beim Fortgehen farbiges Papier oder dergleichen mit sich genommen hätte; es ist denn anch weder in dem Paket, das dem Gasser bei seiner Flucht am Abhang von Thorberg entfiel, noch sonstwo auf ihm solches Papier gefunden worden. Auch die Behauptung Gassers, er habe seiner Frau als Zweck seiner Reise nach Thorberg die Kalenderangelegenheit bezeichnet, hat sich als unwahr herausgestellt.

b. α. Den *Kauf* der *kleinen Stahlsäge* sucht Gasser auf folgende Weise zu erklären: er habe beabsichtigt, zu Hause in Kleindietwyl Kaninchen zu halten; zu diesem Zwecke hätte er seinen Stall „unterschlagen" müssen; da aber das Haus alt nnd morsch sei, so habe er nicht Holzpfähle dazu verwenden dürfen, sondern sei genötigt gewesen, sich nach Eisenstäben umzusehen; bei Mechaniker Ammann in Madiswyl habe er vier rostige Eisenstäbe am Boden liegen sehen; er habe nnn diese Stäbe zu dem angegebenen Zwecke verwenden wollen, und um dieselben znm gewollten Gebranche herrichten, bezw. zersägen zn können, habe er die Stahlsäge in Burgdorf gekanft; von dem Projekte, einen Kaninchenstall herzustellen, habe er seiner Nebenmieterin (einer Frau Burkhardt geb. Friedli) Mitteilung gemacht.

β. Diese Angaben sind indessen unwahr. Nach den übereinstimmenden Aussagen des Mechanikers Samuel Ammann in Madiswyl und dessen Vorarbeiters Gottlieb Reber lagen an der von Gasser bezeichneten Stelle niemals solche Eisenstäbe; die Frau Burkhardt ferner weiss nichts davon, dass Gasser ihr eine auf das Vorhaben der Erstellnng eines Kaninchenstalles bezügliche Mitteilung gemacht hätte; die Ehefrau des Angeschuldigten endlich hat deponiert, ihr Mann habe allerdings einen „Krnmmen" für Kaninchen aus Laden und dergleichen zu machen beabsichtigt; davon aber, dass er *Eisenstäbe* bei Mechaniker Ammann habe kanfen wollen, sei keine Rede gewesen.

3. *a.* Sind demnach die Angaben des Angeschuldigten über den Zweck seiner Reise nach Thorberg und den Erwerb der betr. Säge teils sehr unwahrscheinlich, teils nachweisbar falsch, so lässt sich aus einer Reihe von weiteren Indizien der *positive* Schluss ziehen, dass Gasser seine Reise nach Thorberg in der Absicht nnternommen hat, um einigen Kameraden

heimlich die in Burgdorf gekaufte Säge zuzustellen und ihnen auf diese Weise zur Flucht zu verhelfen. Die Verheimlichung des Zwecks seiner Reise vor seiner Frau, die eigentümliche Art der Verpackung der gekauften Säge, der Aufstieg zur Strafanstalt Thorberg am steilsten und unzugänglichsten Orte und zu einer Stunde, in welcher angesichts der Jahreszeit bereits Dämmerung geherrscht haben muss, die Scheu, vom Landjäger Beutler gesehen und erkannt zu werden, und die eilige Flucht vor demselben sind in dieser Beziehung bereits sehr bezeichnend; ausschlaggebend aber ist der Inhalt des Briefes, welchen Gasser dem mitgenommenen Pakete beigelegt hat. Die Anrede „Werte Kameraden" lässt keinen Zweifel darüber bestehen, für *wen* das Paket bestimmt war, und die Ausdrücke: „Schicke heute das besagte und hoffe ich werde bald mündlich erfahren, wie es Euch geht" ... „In der Hoffnung Ihr werdet das Geschäft gut zu Ende bringen" ... können bloss dahin gedeutet werden: er, Gasser, erfülle seine (früher gegebene) Zusage durch Übermittlung der Säge und hoffe, seine Kameraden werden die geplante Flucht gut bewerkstelligen, so dass er dann mündlich von ihnen erfahren könne, wie es ihnen gehe; auch die Stelle: „... Bin in Burgdorf gewesen und habe kein anderes bekommen" ... bezieht sich auf das Säglein und will offenbar sagen, er, Gasser, habe in Burgdorf kein anderes, das heisst kein kleineres, zweckentsprechenderes gefunden; es stimmt dies mit der Thatsache überein, dass die gekaufte Säge die einzige dieser Art war, welche in der Eisenhandlung Hirsbrunner vorrätig war. Der Inhalt dieses Briefes lässt überdies deutlich erkennen, dass es sich um die Ausführung eines zwischen Gasser und einigen Sträflingen verabredeten Entweichungsplanes handelte, wenn auch begreiflicherweise die hierüber abgehörten Sträflinge nichts davon wissen wollten.

b. Gasser hat nun weiterhin geltend gemacht, jedenfalls wäre das fragliche Säglein zu gross gewesen, um Eisenstäbe in den Gittern von Thorberg zersägen zu können. Allein der Augenschein lehrt, dass das fragliche Instrument zweifellos vertikal zwischen die Stäbe gebracht werden könnte, so dass durch eine, bei dem fraglichen Säglein mögliche horizontale Verstellung des Sägeblattes ein Durchsägen auch eng neben einander befindlicher Stäbe sehr leicht hätte bewerkstelligt werden können.

II. Der Beweis dafür, dass Gasser die *Absicht* hatte, seinen in der Strafanstalt befindlichen Kameraden die fragliche Säge zu übermitteln, um ihnen auf diese Weise zur Entweichung behülflich zu sein, erscheint nach dem unter Ziff. I Ausgeführten als vollständig erbracht.

Der Angeschuldigte ist auch nicht bei der blossen *Vorbereitung* der *Ausführung* seines Vorhabens (Ankauf der Säge, Heranschleichen zum Strafanstaltsgebäude u. s. w.) stehen geblieben, sondern hat mit letzterer selbst *begonnen*, indem er an das Fenster klopfte und dadurch die Verbindung mit den im Gebäude befindlichen Sträflingen, welchen er das Instrument übermitteln wollte, herzustellen suchte; freilich wurde er dann hieran durch das unerwartete Dazwischentreten des Landjägers Beutler gehindert.

III. Das erstinstanzliche Gericht hat auf Grund des vorliegenden Beweisergebnisses Gasser des *Versuchs Befreiung* von Gefangenen (Art. 77 und 30 St.-G.) schuldig erklärt.

Allein mit Unrecht.

Art. 77 St.-G. normiert den Fall der Befreiung von Gefangenen durch Drittpersonen; Art. 80 St.-G. denjenigen der Selbstbefreiung (Entweichung), d. h. den Fall, in welchem der Gefangene selbst seine Befreiung bewirkt. Da nun auch im Falle des Art. 77 St.-G. der zu Befreiende, in der Regel wenigstens, in irgend einer Weise selbst mitthätig sein wird, anderseits eine Teilnahme von Drittpersonen bei der Selbstbefreiung (Entweichung) natürlich sehr wohl denkbar ist, so ist in allen Fällen von Gefangenenbefreiung (im weiteren Sinne), in denen Drittpersonen und die (zu befreienden) Gefangenen zusammenwirken, bezüglich der *ersteren* das Kriterium für die Anwendbarkeit des Art. 77 St.-G. oder eventuell für die Annahme blosser Beihülfe zu dem in Art. 80 St.-G. normierten Deliktsthatbestand, objektiv in der Beantwortung der Frage zu suchen, ob die *entscheidende* befreiende Thätigkeit von ihnen (den Drittpersonen) oder von den Gefangenen ausgegangen ist (vgl. Stenglein in Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. IV, pag. 493).

Vorliegend ist nun festgestellt, dass Gasser beabsichtigt und auch versucht hat, seinen in der Strafanstalt befindlichen Kameraden das betr. Paket mit dem in Burgdorf gekauften Säglein zu übermitteln. Dagegen *fehlt* jeder Anhaltspunkt für die Annahme, dass Gasser *selbst* im weitern irgendwelche befreiende Thätigkeit vorgenommen oder auch nur beabsichtigt habe. Es liegt demnach auf der Hand, dass selbst angenommen, es wäre dem Gasser die Ausführung seines Vorhabens (das Paket seinen Genossen zukommen zu lassen) gelungen, doch damit der Deliktsthatbestand der Befreiung von Gefangenen im Sinne des Art. 77 St.-G. deshalb *nicht* gegeben wäre, weil die *entscheidende* befreiende Thätigkeit — freilich unter Benutzung des durch Gasser gelieferten Werkzeuges — zweifellos Sache der Gefangenen *selbst* geblieben wäre.

Damit entfällt natürlich auch die Annahme des erstinstanzlichen Gerichts, dass Gasser — unter Zugrundelegung des *thatsächlich* gegebenen Thatbestandes — sich des *Versuchs* Befreiung von Gefangenen im Sinne des Art. 77 St.-G. schuldig gemacht hat.

Es kann auch nicht eingewendet werden, dass, weil in Ziff. 2 des citierten Art. 77 St.-G. ganz allgemein von „allen andern Fällen“ (der Befreiung von Gefangenen) als denjenigen, welche in Ziff. 1 angeführt sind (Befreiung durch Gewalt gegen die zur Verwahrung aufgestellten Personen, durch Erbrechung des Gefängnisses u. s. w.), die Rede ist, jedes auch noch so entfernte, die Befreiung indirekt herbeiführende Handeln einer Drittperson, wie im vorliegenden Falle die Übermittlung eines Werkzeugs zur Entweichung, unter Art. 77 St.-G. subsumiert werden dürfe, da der citierte Art. 77 St.-G. auch hinsichtlich der in Ziff. 2 allgemein erwähnten Fälle *voraussetzt*, dass die *entscheidende* befreiende Thätigkeit von der Drittperson ausgegangen ist.

IV. Ist somit die Subsumption der eingeklagten Handlungen Gassers unter Art. 77 St.-G. zu verwerfen, so frägt es sich weiter, ob vielleicht auf dieselben eine *andere* Strafsanktion anwendbar ist.

Die *gelungene* Übermittlung des betr. Pakets, bezw. der darin enthaltenen Säge würde angesichts des zweifellos vorhandenen subjektiven Moments richtigerweise als Beihülfe zur Selbstbefreiung (Entweichung) von Gefangenen anzusehen sein.

Da nun unser Strafgesetzbuch (in Abweichung von andern Gesetzgebungen) die Beihülfe zur Selbstbefreiung *nicht* als selbständigen Deliktsthatbestand aufgestellt hat, so wären diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze über die Beihülfe, unter Kombinierung der Art. 37 und 80 St.-G. massgebend. Insbesondere müsste vorausgesetzt werden können, dass eine strafbare Handlung — vorliegend Entweichung gemäss Art. 80 St.-G. — von dem bezw. den Urhebern bereits beschlossen war.

Letzteres hätte nun freilich für den vorliegenden Fall angenommen werden können, da namentlich aus dem in dem fraglichen Paket enthaltenen Briefe Gassers hervorgeht, dass zwischen ihm und seinen Genossen über einen Entweichungsplan Einverständnis herrschte.

Allein, wenn nun auch im Falle des *Gelingens* seines Vorhabens Gasser sich einer strafbaren Beihülfe zu dem in Art. 80 St.-G. normierten Delikte schuldig gemacht hätte, vorausgesetzt allerdings, dass letzteres selbst in der Folge begangen oder wenigstens versucht worden wäre, so gestaltet sich doch vorliegend die Sachlage anders, weil thatsächlich ein blosser *Versuch* einer solchen Beihülfe stattgefunden hat. Wenn nämlich auch die Beantwortung der grundsätzlichen Frage, ob unser Strafgesetzbuch den Versuch Beihülfe mit Strafe bedroht, dahingestellt bleiben mag, so wäre doch selbst im Falle der Bejahung dieser Frage jedenfalls vorliegend die eingeklagte Handlung Gassers straflos, weil es sich um einen durch das Strafgesetzbuch nicht ausdrücklich unter Strafe gestellten Versuch eines *Vergehens* handeln würde.

V. Fehlt es demnach in unserm Strafgesetzbuch thatsächlich an einer Strafsanktion für den *Versuch* Beihülfe zur Entweichung von Gefangenen, als was sich die eingeklagte Handlung des Angeschuldigten richtigerweise darstellt, so ist Gasser wegen Nichtvorhandenseins einer strafbaren Handlung freizusprechen.

Da Gasser die Verdachtsgründe, durch welche das vorliegende Verfahren veranlasst worden ist, schuldhafterweise selbst erregt hat, so rechtfertigt es sich, ihm gemäss Art. 343, Al. 3, St.-V. die Kosten der Untersuchung aufzuerlegen.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer

in Anwendung des Art. 343 St.-V.

erkannt:

1. Friedrich Gasser wird Mangels Vorhandenseins einer strafbaren Handlung von der Anklage auf Versuch Befreiung von Gefangenen freigesprochen ohne Entschädigung.

2. Demselben werden sämtliche Kosten der Untersuchung auferlegt.

Zur Lehre von der Urkundenfälschung.

Von

Prof. Dr. *A. Teichmann* in Basel.

Der jüngst veröffentlichte Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch nach den Beschlüssen der Expertenkommission (Bern, Buchdruckerei Stämpfli & Cie., 1896) entspricht durch Einreihung der Urkunden- und Münzdelikte in seinem achten Abschnitt mit der Überschrift „Verbrechen gegen öffentliche Treue und Glauben" — „Délits contre la foi publique" (Art. 136—152) einer heute noch weit verbreiteten Auffassung, die diesen allerdings mehr volkstümlichen Ausdruck einer vielleicht wissenschaftlich richtigeren Bezeichnung vorzieht. Sie wird in neuerer Zeit noch vertreten von *H. Meyer* (Lehrbuch, 5. Aufl., 1895, S. 707), wenn dann auch mehr technisch von Delikten „an beweiserheblichen Gegenständen" geredet wird; sie wird gebilligt von *v. Lilienthal* (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensch. XV, 341), der dabei bemerkt, es sei noch niemals erwiesen worden, dass man „publica fides" nicht als Rechtsgut ansehen dürfe, auch von *Pfenninger* in dessen Entwurfe für den Kanton Uri (Frauenfeld 1894, S. 27, 140 ff.) als zutreffend erachtet.

Als Gegner dieser Auffassung trat *Hagerup* [1]) auf und erklärte sich namentlich auch gegen die von *Goos* aufgestellte Konstruktion einer socialen Handlungsfreiheit [2]), der ich in einem früheren Bei-

[1]) In der Schrift „Om Formuesindgreb og Dokumentforbrydelser", Kristiania 1891, S. 122.

[2]) In der vor kurzem abgeschlossenen zweiten Ausgabe seines Werkes über den speciellen Teil des dänischen Strafrechts (Bd. II, 1895, S. 8 ff.) hat *Goos* seine Ansicht festgehalten. Ihm schloss sich in der neuesten Arbeit über Urkundenfälschung nach schwedischem Strafrecht (Förfalskningsbrotten med särskildt afseende på det objektiva requisitet vid förfalskning af handlingar enligt svensk

trag zur Urkundenfälschungslehre (Zeitschrift für Schweiz. Recht, N. F. VII) beigetreten bin. Er macht geltend, dass Handlungsfreiheit nur dem Individuum, nicht der Gesellschaft, zustehe, und dass man, da die verschiedensten Güter der Verletzung mittelst Urkundenfälschung ausgesetzt werden können, das Charakteristische der hier in Betracht fallenden Verbrechensformen darin zu sehen habe, dass ein rechtswidriges Verhalten rücksichtlich gewisser Beweismittel (Dokumente) oder Umlaufsmittel (Geld) als Mittel zu einem rechtswidrigen Zweck benützt wird. — Ähnlich hat sich dann neuestens *Binding* in seinem viel Neues bietenden „Grundriss, besonderer Teil" I (Leipzig 1896), S. 178, ausgesprochen, indem er sagt: „Der Fälschung wie dem Betruge gemeinsam ist das Mittel der absichtlichen Wahrheitsunterdrückung, der Täuschung. Es dient beim Betruge zur Vermögensbeschädigung, bei den Fälschungen zum Angriff „auf die Grundlagen der publica fides — oder, um an Stelle dieser Phrase einen Gedanken zu setzen, auf die Echtheit von Beweismitteln oder Beglaubigungsformen" — wie er auch (S. 2) von einer (dritten) Deliktsverwandtschaft spricht, begründet durch Angriffe auf verschiedene Rechtsgüter, indem eine höhere Einheit u. a. in der gemeinsamen Zweckbestimmung verschiedener Einrichtungen — hier der Beweismittel und Beglaubigungsformen für alle möglichen Rechte oder Rechtsthatsachen — wurzele. — Endlich bezeichnet *Oppenheim* (Die Objekte des Verbrechens, Basel 1894, S. 327 ff.) in seinem Sinne als „Schutzobjekt" der Urkundenfälschungen die Sicherheit des Urkundenbeweises, einen Zustand, welcher notwendigerweise erhalten werden muss, wenn im Rechtsverkehr die Urkunden im engeren Sinne ihren Zweck erfüllen sollen; bei intellektuellen Fälschungen die Wahrhaftigkeit der betreffenden öffentlichen Urkunden, Bücher und Register.

So verschieden nun auch diese Formulierungen lauten mögen, so ist man doch darin einig, dass dem Gesetzgeber bei Strafbestimmungen gegen Urkundenfälschung nur das als Urkunde gelten kann, was — im Gegensatz zu Augenscheinsobjekten — kraft des aus

---

gällande straffrätt, Lund 1895, S. 8) Dr. *J. C. W. Thyrén* an. — Vgl. über das jetzt in 3 Bänden vorliegende Werk von *Goos* die Bemerknngen von *Eyvind Olrik* in „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart" I, 1894, S. 225, französische Ansgabe I, 468. In spannendster Weise verbindet das genannte Werk von *Goos* wissenschaftliche Deduktion, eingehende Kommentierung des Gesetzes und lehrreiche Kritik der Rechtsprechung, die man vermöge der näheren Angaben über jeden Straffall zn verfolgen in der Lage ist.

ihm zu entnehmenden, daraus erkennbaren Inhaltes, kraft Verkörperung eines bestimmten Gedankeninhaltes, soweit derselbe rechtlich bedeutsam ist, im Rechtsleben als anerkanntes Beglaubigungsmittel verwendet wird, so dass es im Prozess wie ausser des Prozesses im Rechtsverkehr als Beweismittel dient. Hierbei dürfte aber, soll sich nicht der Begriff der „publica fides“ völlig verflüchtigen, von der Beglaubigungsform zu fordern sein, dass sie sich, wenn nicht etwa selbst auf gesetzliche Bestimmung, so doch wenigstens auf Verkehrssitte stütze, nicht bloss auf irgend welche für den einzelnen Fall getroffene Vereinbarung einzelner. Letzteres wird freilich von der deutschen Praxis und da, wo man sich durch diese beeinflussen lässt, für genügend erachtet. Dies führt dann natürlich dazu, die früher festeren und bestimmteren Umrisse des Urkundenbegriffes so elastisch zu gestalten, dass trotz alles darauf schon seit lange verwandten Scharfsinns noch keine Begriffsbestimmung aufgestellt wurde, die allseitige Anerkennung gefunden hätte.

Einen Teil der Schuld an dieser für die Praxis höchst beklagenswerten Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit trägt sicher die Gesetzgebung. Man kann es nur in hohem Grade bedauern, dass auch die deutsche Strafgesetzgebung neuerer Zeit darauf ausgeht, konkrete Redewendungen möglichst zu vermeiden und dafür höchst abstrakte Ausdrucksformen zu verwenden. Wie *Mittelstädt* (Gerichtssaal XLIII, 10 ff.) treffend gezeigt hat, sind wir mit den verschiedensten strafrechtlichen Begriffen durch immer weitere Ausdehnung zu einer solchen Begriffshimmeljurisprudenz gelangt[1]), dass es hoch an der Zeit ist, die Pfade fortgesetzter Begriffsdehnung, wie er sagt, zu verlassen und zu den Grundsätzen einer rationellen Beschränkung der Begriffe zurückzukehren. Beispiele hiervon zählt *Mittelstädt* genügend auf. Die Urkundenfälschung gehört auch darunter (S. 19 ff.). Dieser Ansicht ist man auch hie und da im Auslande[2]).

Folgen wir dieser Mahnung, so wird es sich zuerst darum handeln, von dem Urkundenbegriffe alles fernzuhalten, was ander-

---

[1]) Man denke an die von *v. Bar* (Gerichtssaal XL, 481 ff.) behandelten zweifelhaften Betrugsfälle, an den gleichfalls von ihm (ebenda S. 429 ff.) erörterten „groben Unfug“, der einen neuen Bearbeiter in *Krausse* (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensch. XVI, 657 ff.) gefunden hat. Letzterer schliesst mit den Worten: „Wenn auch die jetzige Strömung im allgemeinen gegen eine kasuelle Fassung ist, so würde doch das Interesse an einer einheitlichen Rechtsprechung und der Umstand, dass das Strafgesetzbuch ganz besonders Anspruch auf allgemeines Verständnis hat, überwiegen.“

[2]) *Thyrén*, S. 168, Note 1.

wärts besser untergebracht werden kann. In dieser Beziehung war es meines Erachtens sehr verhängnisvoll, als man von dem noch im Preussischen Strafgesetzbuche festgehaltenen Objekte des Schriftstückes später abging. Nach § 247, Abs. 2, war unter Urkunde jede Schrift zu verstehen, welche zum Beweise von Verträgen, Verfügungen, Verpflichtungen, Befreiungen oder überhaupt von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit ist. Gewiss hat diese Bestimmung, namentlich wegen des Momentes der Erheblichkeit, in der Praxis einige Schwierigkeiten bereitet. Aber im allgemeinen bewährte sie sich, so dass bei den Vorarbeiten zum norddeutschen Entwurf der erste *Friedberg*sche Entwurf es dabei bewenden liess. Erst später wurde man anderer Ansicht und kam auf den Gedanken der Begriffserweiterung. Man beseitigte die Beschränkung auf „jede Schrift“ und motivierte dies damit, dass die Erfahrung gezeigt habe — (früher wusste man davon nichts!) — es würden im Verkehre häufig Gegenstände als Beweismittel für Rechte und Rechtsverhältnisse mit allseitigem Einverständnis der Beteiligten verwendet, die nicht als Schriftstücke bezeichnet werden können und doch in Rechtsstreitigkeiten als Beweismittel zugelassen und bei der richterlichen Entscheidung mit benutzt werden.

Hiermit war ein folgenschwerer Schritt gethan. Die in den Motiven zum Ausdruck gebrachte Absicht wurde in vollstem Masse befolgt und als ausschlaggebend betrachtet. Sie fand auch im Ausland Beifall, trotzdem damit eine völlige Konfundierung von Urkunden und Augenscheinsobjekten wenigstens sehr nahe gelegt war [1]).

Prüfen wir nun ganz kurz, im Anschluss an die ausführlichen Erörterungen von *Weismann* (Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensch. XI, 1 ff.), zu welchen Resultaten man in Deutschland gekommen ist, soweit sich dies aus den vor das Reichsgericht gelangten Fällen ersehen lässt. Für die Schweiz fehlt mir ein solcher Anhalt.

Beginnen wir zu diesem Zweck mit den in neuerer Zeit oft besprochenen Fällen, in denen es sich um Zeichen handelt, die an

[1]) *John* in der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissensch. IV, 65. — Irre ich nicht, so machte diese Auffassung von der Notwendigkeit der Erweiterung des Begriffes sich bei den Gesetzgebungsarbeiten in Norwegen und in der Schweiz geltend. Auch in Frankreich scheint man ihr zuzuneigen. So ist *Garraud* (traité III, 140[5]) der Meinung, man müsse bei Revision des Code die bisher so streng festgehaltene Schriftfälschung fallen lassen. „On devra faire rentrer dans le cadre du faux l'altération frauduleuse de toute preuve. C'est ce que fait la loi allemande.“

oder auf Gegenständen angebracht werden, um damit irgend etwas zum Ausdruck zu bringen. Es gehört dahin der Anschlag mit dem Forst- oder Waldhammer. Ein solcher Hammer ist in verschiedenen Gegenden teils in der Hand von Forstbeamten, teils in der von Privaten. Verkaufte oder gekaufte oder aber der Forstverwaltung reservierte Bäume sollen damit gekennzeichnet werden. Eine schriftliche Erklärung — um die es sich meines Erachtens stets bei einer Urkunde handeln muss — hat man in Preussen einige Zeit lang in solchem Anschlag nicht gesehen [1]). Erst später wurde man anderer Ansicht, nicht dagegen andere Gerichte, wie z. B. das Braunschweiger Obergericht. Jetzt scheint auch das Reichsgericht (E. XXV, 246) sich der Ansicht zuzuwenden, dass es sich hier meist nur um Identitätsmerkmale handele, so dass wohl ein anderes Delikt, nicht aber Urkundenfälschung vorliegt. Auch ist hierbei zu beachten, dass nach heutigem Civilrecht [2]) im Waldhammeranschlag durchaus nicht eine symbolische Tradition zu sehen ist und eine etwa erforderlich erachtete Strafbestimmung sich passend da geben lässt, wo von unbefugter Verwendung echter Stempel etc. die Rede ist. Mit Recht [3]) sagt hier *Brodmann* (Gerichtssaal XLVII, 427): „Was soll mit dem Anschlag erklärt werden? Die Tradition? Aber sie ist zweiseitige Erklärung; die einseitige des Käufers hätte keinen Wert. Der Zweck besteht darin, für spätere Gelegenheit erkennbar zu machen, auf welche Gegenstände die Übergabe oder Abnahmeerklärungen sich bezogen haben, die vielleicht gleichzeitig, jedenfalls aber mündlich erfolgten."

Eine Urkunde wird deshalb auch nicht in der Gedingstufe (Goltdammers Archiv XXII, 623) zu sehen sein, wo betreffenden Falls nur Betrug anzunehmen ist, ebensowenig in der Stempelung von Eisenbahnschienen (E. des R.-G. XVII, 352 ff.), in welchem Falle sogar wegen Fälschung *öffentlicher* Urkunden (königl. Eisenbahndirektion!) hätte verurteilt werden können, wie man meint! Höchst künstlich muss man interpretieren, um dem nach seiner

---

[1]) *Oppenhoff*, das Strafgesetzbuch für die preussischen Staaten, (5) Berlin 1867, Seite 426 in Nr. 51.

[2]) Wie aus *Stobbe*, *Förster*, *Randa* u. s. w. zu ersehen. Selbst nach österreichischem Rechte, das unter gewissen Umständen eine symbolische Tradition für gültig erklärt, gemäss § 427 B. G.-B., dürfte vorliegender Fall nicht dahin gehören. Vgl. „Gerichtshalle" 1896, S. 167.

[3]) Anderer Ansicht *Weismann* (XI, 27), *Riedel* (Gerichtssaal XXXVIII, 350), *Börne* (ebenda XLI, 388), *Mommsen* (ebenda XXXVI, 39). Man vgl. namentlich die interessanten Ausführungen bei *Garraud* III, 120[20], 123[23].

näheren Form ganz dunkel gebliebenen Zeichen lediglich aus dem Vertrage heraus eine Hinweisung auf die Direktion als Aussteller der Erklärung vorläufiger Abnehmbarkeit der Schienen zu entnehmen, worauf dann eine nochmalige Prüfung über die definitive Abnehmbarkeit zu erfolgen hatte. Dann hätten endlich die Schienen zwei ihnen inkorporierte Urkunden gehabt!

Viel gestritten wird über die bekannten mit einer 1 versehenen Blechmarken der Entscheidungen des Reichsgerichts IV, 3, denen man bald Urkundenqualität beilegt[1]), bald abspricht[2]). Hier nahm das Reichsgericht Fälschung einer Privaturkunde an, nicht dagegen bei Übermalen eines Firmazeichens auf dem Boden einer Tonne (E. XVII, 282), wie *Weismann* (a. a. O. S. 24) annimmt, mit Recht, da darin keine Erklärung einer bestimmten Person zu sehen sei, die etwas beweise, und übrigens die Markenschutzgesetzgebung darauf hinweise, dass die Handelsmarke nicht Urkunde sei.

Dagegen wird wieder den Kerbhölzern eine solche Qualität zugesprochen. In einigen schweizerischen Gesetzen[3]) ist ihnen allerdings Beweiskraft beigelegt; wie es sonst hiermit in der Schweiz steht, weiss ich nicht[4]). Für sie dürften die Betrugsbestimmungen, wie solche anderwärts angewendet werden, durchaus hinreichen. Eher kann man den auf Verkehrssitte beruhenden Wochenzetteln der Arbeiter (E. d. R.-G. XI, 184) und ähnlichen Aufzeichnungen im Verkehre zwischen Lieferant und Konsument die Natur der Urkunde zugestehen[5]).

Man hat nun weiter die mannigfachsten Inhaberpapiere, Karten und Marken des gewöhnlichen Verkehrs zu Urkunden gestempelt oder ist auf dem Wege dazu. Bei der ungemeinen Gestaltungsfähigkeit des Verkehrs in dieser Hinsicht ist irgend eine feste Grenze

---

[1]) So *John* (a. a. O. VI, 54), *Riedel* (a. a. O. 355) u. a.

[2]) *v. Buri* (Gerichtssaal XXXVI, 194, XXXIX, 41), *Weismann* (a. a. O. XI, 25) u. a.

[3]) *Schurter*, Grundzüge des materiellen Beweisrechtes in der schweizerischen Civilprozessgesetzgebung, Zürich 1890, S. 161/62, nennt Vaud C. civ. art. 991, Valais C. civ. art. 1202, Neuchâtel C. civ. art. 1083, Genève C. civ. art. 1333, Ticino C. proc. civ. art. 212. Wie der französische Code art. 1333 von „tailles“, spricht C. civ. ital. art. 1332 von „tacche o taglie“, das englische Recht von „tally“.

[4]) *Bonnier*, traité des preuves II, n[os] 757 ss., sieht die „tailles“ — ebenso wie *Garraud* III, 140 — strafrechtlich nicht als „écriture“ an. Ebensowenig für die belgische Praxis *Nypels*, Le Code pénal belge interprété I, 464; schliesslich (III, 436) erklärte er art. 499 des Code pénal belge anwendbar.

[5]) *Garraud* III, 190, nimmt „faux en écriture commerciale“, *Nypels* I, 482, „faux en écriture privée“ an.

unauffindbar. So gehören nach heutiger Anschauung natürlich in erster Linie die gedruckten Eisenbahnfahrkarten hierher. Sind sie von einer Staatseisenbahnbehörde ausgegeben, so sind es sogar *öffentliche* Urkunden — wie eine Entscheidung des Reichsgerichts VIII, 409, ausführt.

Es erinnert dies an die vielen Streitigkeiten über die rechtliche Natur der Briefmarken als einer Form der Gebühr oder der Steuer und die Beurteilung der bei der Briefbeförderung zwischen dem Staat und dem Privaten entstehenden Rechtsbeziehungen. Wie beim Briefpostverkehr, wo der einzelne mit dem Staate in Berührung kommt und das hieraus sich ergebende Rechtsverhältnis wegen des grossen Interesses, das die Allgemeinheit an ihm hat, vielfach nach öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten beurteilt wird, namentlich wo die gewerbsmässige Beförderung von Briefen in gewissen Fällen ein ausschliessliches Vorrecht des Staates geworden ist, in der Transportthätigkeit des Staates bei Ansübung des Briefpostregals kein publizistischer Akt erblickt werden kann, so ist dies ebenso beim Staatsbetriebe von Eisenbahnen. Der Fracht- und der Fahrpreis der heutigen Staatseisenbahnen ist eine privatrechtliche Leistung. Der Staatseisenbahnfiskus vollzieht keinen publizistischen Akt, keinen Beurkundungsakt, wenn er Fahrkarten ausgeben lässt. Folgt man den sehr beachtenswerten Ausführungen von *Riedel* über den Begriff der öffentlichen Urkunde (Gerichtssaal XXXIX, 161 ff.), so dürfte — freilich im Gegensatze zu ihm selbst — zu fragen sein, ob einer solchen Eisenbahnbehörde [1]) durch die massgebende Gewalt in staatsrechtlich gültiger Form die Ermächtigung erteilt ist, einen Vorgang mit öffentlichem Glauben zu beurkunden, und ob solchen Billets die Bestimmung gegeben ist, als Beweismittel für eine im Interesse des einzelnen oder der öffentlichen Wohlfahrt unternommene Amtshandlung zu dienen. Ist das ein *jus conficiendi acta publica?* Oder was haben kgl. Theater für Amtshandlungen öffentlichrechtlicher Natur zu vollziehen, wenn sie Theaterbillets verkaufen?

Freilich ist es, wie ich sehe, schwer, gegen den Strom zu schwimmen. In den Niederlanden betrachtet man Eisenbahnfahrkarten als Handelspapiere [2]) und hat im neuesten norwegischen Entwurfe von 1896 ihnen besondere Beachtung, hauptsächlich in Straf-

[1]) Über das Wesen der „Behörde" spricht sich der Beschluss der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 14. November 1888 (E. XVIII, 246) aus.

[2]) *Smidt,* Wetboek van Strafrecht, Haarlem 1881, II, 258.

milderungstendenz, geschenkt, was gewiss zu billigen ist [1]). In Frankreich scheint die Praxis bisher bei den verschiedenen Unredlichkeiten oder zweifelhaften Betrugsfällen sehr zurückhaltend verfahren zu sein, indem sie vielfach lediglich die etwaigen règlementarischen Strafbestimmungen zur Anwendung brachte oder höchstens „escroquerie“ annahm [2]); dagegen erklärt sich *Garraud* III, 145, bei Eisenbahn- wie Theaterbillets für „faux en écriture“. In Italien endlich fand man im letzten Augenblick vor Abschluss der Redaktion des neuen Strafgesetzbuches einen Ausweg dahin, dass man im Kapitel von der Münzfälschung folgende Bestimmung aufnahm:

> „Art. 273. Chiunque contraffà o altera biglietti di strade ferrate o di altre pubbliche imprese di trasporto, ovvero fa uso di tali biglietti contraffatti o alterati, ancorchè da altri, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa da lire cinquanta a mille“,

worauf dann in Art. 274 die Beseitigung der zur Bezeichnung der Verwendung geschehenen Abstempelung gleichfalls bedroht wird. Die Senatskommission hätte allerdings solche Fälle lieber als „falso documentale“ bedroht gesehen [3]).

Man mag zugeben, dass eine besondere Bestimmung für die öffentlichen Transportunternehmungen bei der grossen Ausdehnung derartiger Betriebe in heutiger Zeit gerechtfertigt sein kann; aber darüber hinauszugehen und alles bis zu Contremarken und Handschuhbons [4]) unter den Begriff der Urkunde fallen zu lassen, muss doch als bedenklich bezeichnet werden.

Hie und da hat man dies auch gefühlt. So hält *John* (a. a. O. VI, 54 [12]) es der Prüfung wert, ob nicht de lege ferenda Fälle dieser Art ausschliesslich unter dem Gesichtspunkte des Betruges bedroht werden sollten. Namentlich aber scheint mir *Brodmann*

---

[1]) Der § 184 verfügt: Ist das verfälschte Dokument, das in rechtswidriger Absicht als unverfälscht benützt ist, eine Postfreimarke, Stempelmarke oder andere Marke, eine Zutrittskarte oder ein Reisebillet oder ähnlicher Gegenstand, dem man den Schein der Gültigkeit oder grösserer Gültigkeit, als wirklich der Fall ist, gegeben oder der seine Gültigkeit verloren hat, so trifft den Schuldigen Geldstrafe oder Gefängnis bis zu 6 Monaten. — Dazu die Motive S. 175.

[2]) Jurisprudence générale de MM. Dalloz. Code pénal 1881—87, p. 722, n°s 294 ss.; Appendice s. v. Chemins de fer, p. 13, n°s 97 ss.

[3]) Relazione della commissione speciale del Senato, Torino 1888, p. 164.

[4]) Sehr belehrend handelt über die hier in Frage kommenden Gegenstände verschiedenster rechtlicher Natur *W. Fuchs*, die Karten und Marken des täglichen Verkehrs, Wien 1881. Wertvolle weitere Ausführungen jetzt in der Wiener „Gerichtshalle“ 1896, Nr. 14—18.

(a. a. O. 424) das Richtige zu treffen, wenn er ausführt, es liege allerdings in der Ausgabe solcher Karten die Abgabe einer bestimmten rechtsverbindlichen Erklärung; doch erfolge die Erklärung durch konkludente Handlung, nicht schriftlich, noch überhaupt in urkundlicher Form, indem auch hier die Schrift nur ein Moment zur Interpretation der Erklärungshandlung gebe. Äusserlich zum Verwechseln ähnlich, seien beide Beweisarten, Urkundenbeweis und dieser Indizienbeweis, im Grunde doch verschieden. Wer beim Bankier eine Aktie verkaufe, dem Schaffner die Fahrkarte vorzeige, im Restaurant auf eine Essmarke sich Mittagessen servieren lasse, führe Beweise ganz anderer Art, als wer einem Kaufmann den Bestellbrief seines Auftraggebers verweise. Die herrschende Meinung gerate auch in Schwierigkeiten nicht zu lösender Art bei der Frage, ob die Urkunde entstanden sei im Moment der Herstellung oder erst der Ausgabe; ob Urkunden entstehen, wenn ohne Wissen des Bestellers über die bestellte Zahl hinaus Exemplare angefertigt werden; ob es unechte seien u. s. w.

Selbst wenn wir nun von Gegenständen absehen, die mit irgend welchen lediglich einen Gedanken versinnbildlichenden, nicht aber erkennbar darstellenden Zeichen versehen sind; wenn wir uns strenger an den Charakter eines Schriftstückes halten wollen, müssen wir bekennen, dass dieser mit der Zeit und mit grossen technischen Fortschritten leider einer immer weiter greifenden Verflachung ausgesetzt ist.

Während früher irgend wichtigere Akte in feierlicher Form, gerichtlich, öffentlich, in einer die Verfälschung erschwerenden Form errichtet wurden, also die öffentliche Urkunde überwog [1]), ist nach und nach, speciell mit Verbreitung der Schreibkunst in weiteren Kreisen, sodann Erfindung und Verwendung der Stahlfedern an Stelle der mühsam zu schneidenden Federn früherer Zeit (erst etwa im 3. Jahrzehnt dieses Jahrhunderts), die Privaturkunde die überwiegende ge-

---

[1]) Man denke an die Bedeutung von „Brief und Siegel", worüber sich neuestens *Schultze* in Grünhuts Zeitschrift XXII, 102 ff., eingehend geäussert hat; an die ältere „Charte-partie" des Handelsrechts (*Bonnier* II, 260); an die „indenture" des englischen Rechts gegenüber dem „deed poll" oder „single deed". — Nach *Baumeister* (Hamburgisches Privatrecht) kommen in Hamburg Privaturkunden als Beweismittel erst am Ende des 15. Jahrhunderts vor. Vgl. *v. Bar*, Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts, Hannover 1889, I, 342, Note 23, mit dem Citat aus *Briegleb*, Über exekutorische Urkunden I, 30: „Der Gebrauch der Privatskripturen war im schlechtesten Kredit, und so wurde denn über jedes nicht völlig unbedeutende Rechtsgeschäft ein Notariatsinstrument errichtet."

worden. In dieser aber bestrebt sich heutzutage jeder, so formlos als möglich, so kurz als irgend thunlich, so bequem wie irgend denkbar rechtswirksame Erklärungen Dritten gegenüber abzugeben. Die Schriftzüge des einzelnen, die einst im geschäftlichen Leben eine grosse Rolle gespielt hatten, haben diesen Wert mehr und mehr eingebüsst. Wir bedienen uns des Druckes und ähnlicher Vervielfältigungsformen, der Schreibmaschine wie des Telegraphen, der Namen- und Firmenstempel, ja schliesslich bloss einzelner Chiffern. Während früher eine Urkunde doch sicher wenigstens einer Unterschrift bedurfte, haben wir uns von dieser lästigen Gepflogenheit emancipiert: uns genügt es, wenn irgendwie der Aussteller ermittelt werden kann; wir verzichten auf Unterschrift im Strafrecht wie im Civilprozess! So wird denn die Authenticität der nicht mündlich von Person zu Person erfolgenden Willenserklärungen von Tag zu Tag eine zweifelhaftere. Gewiss wird damit bis zu einem bestimmten Grade die Schutzbedürftigkeit solcher Gegenstände eine grössere, deshalb auch vom Strafgesetzgeber gefordert, mehr einzugreifen, als bisher geschehen.

So mag es durchaus gerechtfertigt sein, wenn die bisher noch immer nicht gelösten Streitfragen betreffs Verwendung des Telegraphen so oder so durch gesetzliche Bestimmung gemindert werden; für die wichtigen modernen Institute des Verkehrslebens mag das Strafgesetz durch strengere Kontrollbestimmungen möglichst zur Sicherung des Publikums gegen Ausbeutung beitragen; man mag bestrittene Punkte rücksichtlich Gebrauches von Urkunden definitiv in dieser oder jener Richtung entscheiden; aber dazu scheint mir das Strafrecht nicht da zu sein, die Urkunde aus ihrer früheren wichtigen und bedeutungsvollen Rolle eines socialen Beweismittels zu einem in der Hand des einzelnen ganz nach Belieben jeder Förmlichkeit entbehrenden Dinge werden zu lassen. In diesen oder jenen Kreisen konstant beobachtete Sitte, feststehendes Herkommen muss die unüberschreitbare Grenze bilden [1]), dass wir eine Erklärung noch als urkundliche ansehen können, oder aber nicht mehr. Wir werden dabei nicht auf den früher zeitweilig festgehaltenen Standpunkt grosser Strenge zurückzukommen brauchen, wonach man den schriftlichen Ausdruck irgend einer Willenserklärung in einem für sich und an sich verständlichen Sinne [2]), einen verständ-

[1]) Vgl. die Ausführungen bei *Goos* II, 20 ff., und auch *Thyrén* 174 ff.

[2]) Beispiele unverständlicher Erklärung in Goltd. Archiv IV, 259, 260 — dazu *Thyrén* 167 ff.

lichen Redesatz forderte — sollten aber, wenn wir dies heute leider nicht mehr können, doch einer masslosen Elasticität des Begriffes entschieden entgegenzutreten bestrebt sein.

Woher sollen wir nun den Begriff der Urkunde entnehmen?

Es liegt sehr nahe, das Prozessrecht diese Entscheidung geben zu lassen. Nachdem die neuere Prozesstheorie zu einer richtigeren Scheidung der Augenscheinsobjekte gegenüber anderen Beweismitteln durchgedrungen ist, könnte die im Civilprozess der Urkunde beigelegte Charakterisierung auch strafrechtlich verwendbar erscheinen. Aber der Schein trügt. Ziehe ich eine der neuesten eingehenden Untersuchungen des Urkundenbeweises — die Arbeit von *Schultze* in Grünhuts Zeitschrift XXII, 70 ff. — zu Rate, so finde ich das als Resultat, es sei civilprozessualisch Urkunde jede Schrift, auf welche im Prozess Bezug genommen wird, um mittelst des durch dieselbe ausgedrückten Inhalts eine Thatsache zu beweisen; einen durch ihren Inhalt bedingten Begriff der Urkunde kenne das Prozessrecht nicht [1]).

Andrerseits meint z. B. *Stenglein* (Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechtes, S. 207), dass im Strafprozess eine Abgrenzung von Urkunden und Überführungsstücken sich nicht aufstellen lasse, da manche Gegenstände nach verschiedenen Richtungen in beide Klassen gehören, überhaupt auch nicht nötig sei, da alle beweisbehelflichen Sachen prozessual gleich behandelt werden.

Aber es ist auch die Prozesstheorie darüber, ob überhaupt Urkunden selbständige Beweismittel seien, noch nicht einig geworden. Auch jetzt noch hält *Wach* [2]) daran fest, dass sie Erscheinungsformen bald von Augenscheinsobjekten, bald von Aussagen — den zwei einzig von ihm anerkannten Beweismitteln — seien.

Übrigens deutet auch nichts darauf hin, dass der Gesetzgeber den Begriff, der ihm vorgeschwebt haben mag, dem einen oder dem andern Gebiete entnommen habe. Man kann darauf hinweisen, dass das so oft erörterte Moment etwa der „Erheblichkeit für Rechte und (oder) Rechtsverhältnisse" kaum aus den Grundsätzen des Civilprozesses

[1]) Vgl. auch *Francis Hagerup*, den norske Straffeproces, Kristiania 1892, S. 406 ff.

[2]) *Wach*, Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung (2), Bonn 1896, S. 204. Danach ist die Urkunde entweder eine Thathestandsurkunde oder eine schriftliche Aussage. Jene verkörpert in sich eine rechtserhebliche Erklärung, einen Willensakt rechtsgeschäftlicher oder sonstiger Art, eine deliktische Handlung oder einen indizierenden Vorgang. — Gegen die Annahme, dass hier die Urkunde als Augenscheinsobjekt erscheine, vgl. *von Kries* (a. a. O. VI, 171/2).

heraus zu bestimmen ist, da für diesen die strafrechtlichen Bestimmungen von verhältnismässig untergeordneter Wichtigkeit sind, insofern dem Gegner im Prozess ja unbenommen bleibt, den Beweis der Echtheit bei Privaturkunden abzuwarten, und hier — ganz anders als im aussergerichtlichen Verkehr — die Verwendung gefälschter Urkunden weniger zu befürchten steht[1]), während wiederum z. B. die sehr unvollständigen Bestimmungen der deutschen Strafprozessordnung über Urkundenbeweis nicht erkennen lassen, dass man bezweckt habe, etwas über den Umfang des Urkundenbegriffes zu bestimmen[2]).

Nun hat *Weismann* allerdings in seiner öfters citierten Arbeit den Begriff der Urkunde als Mittels des Urkundenbeweises als allein feststehenden zu Grund zu legen unternommen. Allein ich glaube, dass seine so vielfach zutreffenden Entscheidungen strittiger Punkte nicht gerade wegen jenes Ausgangspunktes dieses geworden, zumal ich die gegen die Methode erhobenen Einwendungen nicht ganz abweisen kann. Ich vermag nicht, mich von der Richtigkeit der Anschauung derer zu überzeugen, die — wie *Heusler*[3]) — der Urkunde lediglich die Bedeutung eines Beweismittels zusprechen wollen, indem sie meinen, dass im materiellen Recht dieser Begriff gar keine Verwertung findet. Mir scheint, man sei durchaus berechtigt, die Urkunde als beiden Rechtsgebieten angehörig zu erachten, weshalb sie nur in dieser Doppelbeziehung ihrem wahren Werte nach erkannt werden kann[4]). Mag *v. Kries* mit seinen Ausführungen noch so sehr recht haben, dass im beweisrechtlichen Sinne der Gebrauch den betreffenden Gegenstand zur Urkunde macht, so ist doch im strafrechtlichen Sinne mit einer solchen Auffassung behufs Formulierung einer etwa dem § 267 R.-St.-G.-B. entsprechenden Bestimmung nicht auszukommen. Oder wie sollte wohl diese stilisiert werden?

Hält man Umschau bei denen, die der Urkunde eine materiellrechtliche Bedeutung zusprecheu, so trifft man auf eine tiefgreifende Meinungsverschiedenheit in der Richtung, ob der Urkunde als Beweismittel wesentlich sei, dass sie zu dem Zwecke angefertigt, errichtet, aufgenommen ist, um künftig den Beweis rechtlich erheblicher Thatsachen zu erbringen, oder ob lediglich ihre Eignung hierzu entscheidend sei.

---

[1]) *Brodmann*, a. a. O., S. 432, Note.

[2]) *John*, a. a. O. VI, 75, betreffs § 248 der St.-P.-O.

[3]) *Heusler* im Archiv für die civil. Praxis LX, 227, Note.

[4]) So *Bähr* in den Jahrbüchern für die Dogmatik, Neue Folge II, 27 ff.

In letzterer Richtung argumentierte besonders *v. Schwarze* [1]). Ihm genügt ein körperlicher, von Menschenhand gefertigter Gegenstand, der geeignet ist, eine rechtlich erhebliche Thatsache zu erweisen. Nicht erforderlich ist, dass er sich durch seinen Inhalt als Beweismittel ankündigt, durch einen massgebenden Willen zu einem solchen bestimmt ist. Es kommt bloss auf die objektive Beschaffenheit an. Ebenso meint *Mommsen* [2]), dass die Absicht des Ausstellers, auch wirklich eine Beurkundung vornehmen zu wollen, gleichgültig ist. Entscheidend wirkt, ob etwas beurkundet wurde; nicht, ob es auch hat bekundet werden sollen. Wollte man das Gegenteil annehmen, so wäre in der That die Wichtigkeit der Urkunde im Verkehr aufs höchste beeinträchtigt. Auch *Riedel* [3]) hält daran fest, dass die Urkunde losgelöst von den Verhältnissen ihrer Entstehung zu prüfen und der Zweck nicht zu berücksichtigen sei, welcher bei ihrer Herstellung verfolgt wurde.

So finden wir auch bei *Weismann* [4]) den Satz, dass es der Bedeutung der Urkunde keinen Eintrag thut, dass sie nicht zum Zwecke des Beweises verfertigt ist. Notwendig müsse sie aus einem Willen, der auf Erklärung gerichtet ist, hervorgehen. Aber dieser Wille sei eben noch nicht der Wille, zu beweisen.

Die herrschende Meinung hält dagegen streng an der Bestimmung zum Beweise fest. Von den vielen Vertretern sei hier zuerst *v. Liszt* [5]) genannt, der ganz bestimmt den Satz aufstellt: „Die Urkunde muss angefertigt, errichtet, aufgenommen sein, d. h. die Beweisbestimmung für eine rechtserhebliche Thatsache durch einen massgebenden Willen bei der Errichtung oder auch später aufgeprägt erhalten haben", und damit schliesst: „Beweis*bestimmung*, nicht Beweis*fähigkeit* macht das Wesen der Urkunde aus" — und sodann *H. Meyer* [6]), der sich dahin äussert, dass im Sinne des gel-

[1]) *v. Schwarze*, Kommentar zum Strafgesetzbuche für das Deutsche Reich, (5) Leipzig 1884, S. 787. So sagt auch *Garraud* III, 147 [11]: „Le concept du faux documentaire ne doit être restreint à la contrefaçon ou à l'altération des actes *destinés* à servir de preuve, des *instruments* proprement dits; il doit être étendu à la falsification de tous les écrits qui sont *aptes* à servir de preuve dans telle circonstance donnée. En un mot, toute écriture pouvant être le principe d'une action ou d'un droit, quelle que soit sa nature, peut être l'objet d'un faux en écriture."

[2]) Gerichtssaal XXXVI, 41, 49.

[3]) Gerichtssaal XXXVIII, 553.

[4]) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft XI, 21/22.

[5]) Lehrbuch (7) 1896, S. 523/524.

[6]) Lehrbuch (5) 1895, S. 709.

tenden Rechts und zwar im Sinne der Vorschriften über die Urkundenfälschung unter Urkunde ein solcher Gegenstand zu verstehen sei, der durch einen massgebenden Willen die Bestimmung erlangt hat, zum Beweise einer Thatsache zu dienen, nicht notwendigerweise schon bei seiner Entstehung, noch auch zum Beweise einer rechtserheblichen Thatsache (was nur bei Privaturkunden sich anders stelle). Diese Anschauung ist auch die des Reichsgerichts — wenigstens in neuerer Zeit. Am ausführlichsten ist sie in der Entscheidung vom 19. Dezember 1887 (*nicht* 1878, E. XVII, 103 ff.) begründet.

Dennoch scheint mir, dass man bei dieser Behauptung dem Erklärungswillen generalisierend eine Tendenz zuschreibt, die ihm nur hie und da beiwohnen mag. Man kann eine solche Beweisbestimmung etwa bei öffentlichen Urkunden annehmen oder bei denen, die man mit *v. Kries* als Solennitätsurkunden bezeichnen kann; auch etwa bei betreffenden Gegenständen, sofern man über den Kreis wirklicher Schriftstücke hinausgeht. Sonst aber dürfte jenes Moment doch sehr fraglich sein. Für die gewöhnlichen Dispositivurkunden hat meines Erachtens *John*[1]) den Beweis erbracht, dass es bei ihnen sich darum handelt, ein Rechtsgeschäft zur Entstehung zu bringen: zu bewirken, dass irgendwie der rechtswirksame Wille einer Person eine sachliche Fixierung erlange. Diese Ansicht vertritt auch *Brodmann*[2]), der im Anschluss an eine Reihe von Beispielen unzweifelhafter Urkunden das Gemeinsame darin erblickt, dass der Aussteller der Urkunde, indem er sie niederschrieb, eine Erklärung abgab. Diese schriftliche Erklärung bethätigt lediglich ihre eigene Existenz, ihre Entstehung, die identisch ist mit der Abgabe der in Schrift gekleideten Erklärung. Es knüpft dann das Recht an solche Erklärungen entweder unmittelbar bestimmte Berechtigungen oder Verpflichtungen — oder aber es lässt die Erklärung mit grösserer oder geringerer Sicherheit auf die Wahrheit anderer Thatsachen schliessen, die solche Rechtsfolgen bedingen (S. 416). Als Resultat ergiebt sich ihm sodann, dass, wenn jede Urkunde nichts anderes beweist, als dass die in ihr verkörperte Erklärung abgegeben ist, eine Scheidung der Urkunden nur dahin getroffen werden kann, dass ein Rechtsakt oder ein Indiz darin enthalten ist (432).

---

[1]) a. a. O. VI, 38 ff.

[2]) Gerichtssaal XLVII, 411 ff.

Es läuft dies ungefähr auf das hinaus, was *Heusler*[1]) in Besprechung der Frage, wie wohl eine Definition der Urkunde im Gesetze solle gegeben werden, um der Praxis einen festen Anhalt zu gewähren, als seine Ansicht hingestellt hat. Ausgegangen von der Begriffsbestimmung von *Binding*[2]) (die ich sonst nicht gewürdigt fand), kommt er zu dem Schluss, man könne sagen: „solche inländische oder ausländische öffentliche Schriftstücke oder solche Privataufzeichnungen, welche zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen von Erheblichkeit sind, indem sie einen Rechtsakt, ein Geständnis oder ein Indiz dafür zu unmittelbarem Ausdruck bringen und dadurch Urkunden sind".

Nur so oder ähnlich dürfte sich eine nicht zu allgemein gehaltene Begriffsbestimmung geben lassen. Doch würde eine solche kaum alles treffen, was sich schliesslich in der Praxis als Urkundenqualität besitzend herausstellt. Wenn ich nur der Fälle gedenke, in denen *Riedel* die Qualität einer öffentlichen Urkunde vorliegend erachtet, scheint mir jeder Versuch einer generellen Bestimmung aussichtslos.

Was aber endlich jene Fälle betrifft, in denen nachträglich — durch irgend eine Massnahme etwa der Untersuchungsbehörde oder der Staatsanwaltschaft — eine schriftliche Mitteilung von gewisser Bedeutung für die beabsichtigte Beweisführung zur Urkunde werden soll, wie einzelne meinen[3]), könnte dies wohl, wenn man angesichts der Möglichkeit der Falschherstellung oder Verfälschung solcher Schriftstücke eine Strafbestimmung aufstellen will, da geschehen, wo von Ähnlichem die Rede ist, also in Art. 199 des schweizerischen Entwurfs[4]), wofür auch *Zürcher* sich erklärte (Prot. II, 116).

Wo man bisher bei Gesetzgebungsarbeiten versuchte, eine wirkliche (logische) Definition zu geben, zeigte sich ein bedenkliches

[1]) a. a. O., S. 290.

[2]) *Binding*, Normen I, 110. Die Definition lautet: Urkunde ist ein beweiskräftiges Schriftstück, durch welches sein Aussteller bezeugt das eigene Wissen von der Wahrheit des rechtlich bedeutsamen Schriftinhalts — aufrechterhalten in der 2. Auflage, S. 207.

[3]) Über die Vorschläge von *John* (a. a. O. IV, 82) die Ausführungen von *v. Buri* (Gerichtssaal XXXVI, 187 ff.); allgemein auch *Hälschner* II, 534.

[4]) Im norwegischen Entwurfe ist in § 132 Vorsorge getroffen. Er könnte gleichfalls nach jener Richtung ergänzt werden.

Schwanken [1]). Man hat hieraus zu folgern, dass entweder die in Betracht zu ziehenden Gegenstände zu verschiedenartig sind, als dass man mit einer einzigen Charakterisierung auskommen könnte — oder dass man zu viel umfassen will.

Ein solches Schwanken zeigte sich bei den Beratungen des niederländischen Strafgesetzbuches. Während jetzt Art. 225 dahin lautet:

> Wer eine Urkunde, aus welcher ein Recht, eine Verbindlichkeit oder Schuldbefreiung hervorgehen kann, oder welche zum Beweise einer Thatsache dienen soll, fälschlich anfertigt oder verfälscht . . . .,

war ursprünglich im Entwurfe in zweiter Linie gesagt: „oder zum Beweise einer Thatsache dienen *kann*". Diese Formulierungen können natürlich, wenn man sich auch bei der Kammerdebatte darüber täuschte, unmöglich das Gleiche bedeuten. Auch das Wort „feit" (Thatsache) kann nur dann einen Sinn haben, wenn man darunter eine Thatsache versteht, durch die entweder Rechte oder Verbindlichkeiten oder Befreiungen begründet werden. So sieht sich denn die Auslegung genötigt, in recht künstlicher Begründung schliesslich dem Gesetze den Gedanken zu entnehmen, beziehungsweise beizulegen, dass es sich um Gegenstände (Schriftstücke) handeln muss, deren Inhalt unmittelbar oder mittelbar rechts- und beweiserheblich sein kann [2]). Dem gegenüber empfiehlt eine diesem Thema gewidmete Arbeit die wesentlich andere Fassung: es solle als Urkunde jeder von Menschenhand angefertigte Gegenstand gelten, der im Verkehr als Beweismittel angenommen kraft einer Willensäusserung, sei es zur Zeit der Anfertigung, sei es später, die Bestimmung erhielt, zum Beweise zu dienen — m. a. W. der zum Beweise dienen soll [3]).

---

[1]) Aus früherer Zeit erinnere ich an die sehr eingehenden Voten für Feststellung des württembergischen Strafgesetzbuches von 1839. Vgl. *Hufnagel*, Kommentar III, Tübingen 1844, S. 508—536. Man empfahl u. a. eine Definition dahin: „Urkunde ist eine Schrift, welche nicht bloss nach den Bestimmungen des Rechtes, sondern auch nach den Ansprüchen des täglichen Lebens und des Verkehres auf Treue und Glauben einen Thatumstand bewahrheiten soll."

[2]) *Polenaar* en *Heemskerk*, Het Wetboek van strafrecht (Amsterdam), bl. 295.

[3]) *J. R. A. C. van der Linden*, Valschheid als vervalsching van bewijsmiddel. 's Gravenhage 1881, bl. 146/7. — Der Verfasser giebt interessante Notizen über die englischen Strafgesetzentwürfe. Es möge hier nur eine der verschiedenen Formulierungen vermerkt sein. Sie lautet: „Whoever, with intent that he or any other person may directly or indirectly defraud, prejudice or injure

Eingehend hat man sich in Norwegen in den letzten Jahren mit unserer Frage beschäftigt. Schon bei den Revisionsarbeiten, die zu den Gesetzen vom 29. Juni 1889 und 28. Juni 1890 führten, sah man sich zu einer besonderen Bestimmung hierüber veranlasst. So wurde in § 27 jenes Gesetzes und in § 20 des zuletzt genannten gesagt [1]):

Wer in rechtswidriger Absicht eine fälschlich angefertigte oder verfälschte Privaturkunde, welche bestimmt ist, für ein Rechtsverhältnis oder eine rechtlich erhebliche Thatsache Beweis zu liefern, als echt oder unverfälscht gebraucht, wird mit Gefängnis oder Strafarbeit im fünften oder vierten Grade bestraft.

Als Urkunde ist jeder Gegenstand anzusehen, welcher den oben angegebenen Zweck hat.

Gewiss ist die Bemerkung von *Hagerup* (a. a. O., S. 126, Note 2) zutreffend, dass die Redaktion des letzten Satzes mangelhaft ist. Sie hätte sich leicht verbessern lassen. Mit dieser Bestimmung glaubte man bei den weiteren Arbeiten für ein neues Strafgesetzbuch nicht auszureichen, so dass man jetzt (1896) die Fassung vorschlägt:

§ 179. Unter „Dokument" wird in diesem Gesetze jeder Gegenstand verstanden, der in Schrift(zeichen) oder in anderer Weise eine Erklärung enthält, die entweder als Beweis für ein Recht, eine Verbindlichkeit oder Befreiung hiervon von Bedeutung ist oder erkennbarerweise zum Beweise zu dienen bestimmt ist.

Vgl. dazu Motive (1896), S. 172 ff.

Einen durchaus überzeugenden Beweis der Notwendigkeit einer solchen Ausdehnung vermag ich aus den Motiven nicht herauszulesen, in welcher Ansicht — die ja falsch sein mag — ich wenigstens eine kleine Stütze bei anderen finde [2]). Im übrigen muss man die grosse Sorgfalt anerkennen, mit der man bei der Redaktion der die Dokumentfälschung („dokumentfalsk") betreffenden Bestimmungen vorging, um alte Streitfragen, die so oft der Rechtsprechung Schwierigkeit bereitet hatten, zu beseitigen. So soll nach § 180 als falsch

either the public at large or any person.. or prevent the due course of justice, or defeat or evade the provisions of any law for the time being in force, whether any or either of such results be, in fact, possible or not, makes any false document, is guilty of the offence of forgery."

[1]) Vgl. *Færden* im Gerichtssaal XLVII, 196.

[2]) So *Thyrén* 114, Note 1.

auch das Dokument angesehen werden, das im Namen einer nicht existierenden Person ausgestellt ist. Dies entspricht bekanntlich der heute noch weitaus vorherrschenden Meinung. Nur sehr wenige — wie *Merkel* im Handbuch von v. Holtzendorff III, 795 — waren anderer Ansicht. Jetzt gesellt sich ihnen *Pfizer* zu (Gerichtssaal LII, 430 ff.) und auch *Garraud* III, N. 143, mit, wie mir scheint, gewichtigen Gründen. Soll doch bei der Urkundenfälschung der *Schein* erregt werden, es sei die Urkunde von *der* Person ausgestellt, die der Träger des unterschriebenen Namens ist. Wenn nun eine solche Person nicht existiert, so kann nie der Schein erzeugt werden, als ob sie die Urkunde ausgestellt, sondern nur der Glaube, dass eine solche Person existiert. Die Schrift einer nicht existierenden Person kann aber nicht nachgemacht werden. Deshalb dürfte die Anfertigung auf den Namen einer fingierten Person nur Betrug sein.

Billigenswert ist sodann, wenn in diesem Paragraphen ein Schriftstück als falsch erklärt wird, wenn dessen Aussteller sich unrichtig eine Stellung beilegt, die von wesentlicher Bedeutung für die Beweiskraft ist oder deren Inhalt durch Beseitigung eines Teils des Schriftstückes verändert ist. Es soll ferner nach § 181 (neben dem Blankettmissbrauch) als Dokumentfälschung gelten, wenn zufolge Irrtumserregung eine Namenszeichnung auf einem anderen Dokumente oder einem Dokumente anderen Inhaltes als beabsichtigt erfolgt. Jenes dürfte zweifellos richtig sein; letzteres scheint mir dies nicht (wofür auf *Hälschner* II, 538, *Weismann* XI, 34, E. des R.-G. V, 412, verwiesen sei).

Kommen wir nun zum schweizerischen Entwurf. Im Vorentwurf vom Juli 1894 war in Art. 48 gesagt: „Urkunden sind Schriften oder Gegenstände, deren Inhalt eine Thatsache von rechtlicher Bedeutung beweisen soll.“ Bei den Verhandlungen der Expertenkommission glaubte man eine Differenz zwischen diesem deutschen Texte und der französischen Übersetzung „destinés à faire la prouve d'un fait ayant une importance juridique“ zu bemerken und hielt dafür, dass die Praxis mit der theoretischen Definition von der Beweisbestimmung nicht ausgekommen sei, wie andrerseits die Beschränkung auf Schriftstücke gewünscht wurde. Demzufolge wurde in neuer Redaktion die Beschränkung auf Schriftstücke vorgenommen; andere beweiserhebliche Gegenstände sollten den Urkunden gleichgestellt werden. So kam man zu der neuen Fassung in Artikel 137, Absatz 2: „Urkunden sind Schriften, die bestimmt oder

geeignet sind, eine Thatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen. Den Schriften werden andere Gegenstände gleichgestellt." Wie die bisherigen Ausführungen ergeben, kann die Beschränkung auf Schriftstücke nur beifällig begrüsst werden. Zweifelhafteren Wertes erscheint die Hinzufügung des letzten Satzes. Irgend eine Andeutung, was man mit diesen „anderen Gegenständen" meine, dürfte unerlässlich sein, da jedenfalls hierüber Zweifel auftauchen werden, mag auch von Massen, Gewichten, Wagen später (in Artikel 140) gehandelt sein. Sollen damit Siegel, Stempel, Marken, Kerbhölzer u. a. gemeint sein? Sehr unbestimmten Inhalts scheint dann aber die Formel „bestimmt oder geeignet, eine Thatsache von rechtlicher Bedeutung zu beweisen". Oder es ist wenigstens der Kreis der betreffenden Schriftstücke so weit gezogen, dass man die norwegische Formel vorziehen müsste. Jedenfalls bereitet die Fassung für die Übersetzung ins Französische und Italienische grosse, kaum überwindliche Schwierigkeiten. Denn das ist wohl klar, dass man mit der jetzt gewählten Zusammenfassung „Sont titres, tous écrits ou objets . ." nicht einverstanden sein kann. Das Wort „titre" dürfte — z. B. auch nach Ansicht von *Favey* (Verhandl. Bd. II, 1896, 114) — nur für „écrits" zutreffen. Sollte man es nicht mit dem Ausdruck „Dokument" selbst im Deutschen versuchen können, um den in andere Sprachen unübertragbaren Ausdruck „Urkunde" los zu werden? Dann gewönne man den in Frankreich (cf. *Garraud)* jetzt üblich werdenden „faux documentaire" oder „faux en documents", wie für das Italienische das gebräuchliche „falso documentale", das den Ausdruck „falso istrumentale" verdrängt haben dürfte, wie nicht minder die „falsità in atti . . .". Es wäre hiermit Anschluss an viele andere Sprachen (bis zum Russischen) erzielt, so dass wir nur den Holländern ihr „geschrifte", den Ungarn ihr „okirat" und den Griechen ihre „ἔγγραφα" (δημόσια, ἰδιωτικά) lassen müssten, was in internationaler Beziehung schon ein Gewinn wäre.

Man will öffentliche und Privaturkunden trennen und namentsich dies auch darin thun, dass zur Vollendung des Deliktes bei jenen das Gebrauchmachen nicht wie bei letzteren verlangt wird. Ob beides beifallswert, mag dahingestellt bleiben. In ersterer Beziehung kann nur darauf hingewiesen werden, dass auch trotz Aufnahme einer gewissen Begriffsbestimmung darüber, was eine öffentliche Urkunde sei, die Scheidung vielfach eine sehr schwierige bleiben wird und abgesehen von prozessualen Verschiedenheiten der Behandlung die präsumtiv grössere Bedeutsamkeit der öffent-

lichen Urkunde gegenüber der Privaturkunde nicht ganz selten cessiert. Will man also eine solche Bestimmung aufnehmen, so sollte man eine Reihe von Privaturkunden von grösster Wichtigkeit in der Strafbarkeit für den Fall der Verfälschung den öffentlichen gleichstellen, wie z. B. Art. 284 des italienischen Codice penale:

„Agli atti pubblici sono oquiparati i testamenti olografi, le cam- „biali e tutti i titoli di credito trasmissibili per girata o al por- „tatore“ —

thut und u. a. *John* (a. a. O. IV, 89) vorschlug.

Was aber das Vollendungsmoment betrifft, ist m. E. nach den gediegenen Ausführungen von *Meyer* (Gerichtssaal XLVII, 81 ff.) entweder anzuerkennen, dass hier so viele durchschlagende praktische Gründe für Aufgeben der im deutschen Strafgesetzbuch angenommenen Ansicht vorgebracht sind, dass man in dieser Überzeugung stets die Fälschung oder Verfälschung genügen lässt — oder, wenn nicht, ein Grund, bald so, bald so zu bestimmen, nicht vorhanden. Lässt man aber Fälschung oder Verfälschung genügen, so verlässt man den Standpunkt, der gerade dazu Veranlassung giebt, von einem Delikt gegen die *publica fides* zu reden. Es muss ja doch im Sinne dieser Auffassung von der Urkunde *als Urkunde* Gebrauch gemacht werden, um über ihren Wert als Beweismittel zu täuschen! Man setzt sich zugleich grossen Beweisschwierigkeiten aus, die einerseits zu einer schwankenden Praxis, andrerseits zu Freisprechungen führen müssen, ganz abgesehen davon, ob überhaupt häufig die Gerichte mit solchen zum Abschluss noch nicht gelangten Handlungen befasst werden. Hält man trotz aller Gegenbedenken an dieser Ansicht fest, dann muss man wohl auch in der Strafbarkeit Unterscheidungen machen zwischen denen, die gefälscht haben und Gebrauch machten — die fälschten, um andere davon Gebrauch machen zu lassen — die wissentlich von gefälschten Urkunden Gebrauch machten u. s. w., wie denn dies auch des näheren der norwegische Entwurf thut[1]). Dem gegenüber schiene mir viel wichtiger eine klare Bestimmung darüber, wann das Gebrauchmachen als vollzogen, vollendet angesehen werden soll — ob schon das Zugänglichmachen oder gar das Hingeben an Dritte genügen soll oder Kenntnisnahme der betreffenden Person in dieser oder jener Form verlangt wird. Letztes scheint mir allein

[1]) Teilweise zustimmend *Thyrén*, S. 218—220.

das Richtige[1]) zu sein, insofern es doch darauf ankommt, den Betreffenden in die Lage zu versetzen, nunmehr eine relevante Handlung vorzunehmen[2]), was durchaus als im Zweck der Täuschung liegend gefordert werden muss. Jetzt ist ohne eine solche besondere Bestimmung die Praxis ganz ratlos.

Der Entwurf will in umfassender Weise[3]) in- wie ausländische private wie öffentliche Urkunden schützen; er thut dies in Art. 152. Vielleicht wäre eine Erwähnung dieses Punktes gleich bei den einzelnen Materien dieses Abschnittes angezeigt.

Die ursprüngliche Fassung, dass der Gebrauch der Urkunde „in rechtswidriger Absicht“ geschehen müsse, wurde später fallen gelassen. Man mag zugeben, dass dieses Moment der Auslegung einige Schwierigkeiten bereitet[4]), nicht minder auch für die Übersetzung. Dennoch kommt alles darauf an und müsste wohl, da eine andere Formel noch nicht gefunden, die frühere Fassung wiederhergestellt werden, weil die rechtswidrige Absicht nicht mit der Täuschungsabsicht gleichbedeutend ist. Anzuempfehlen wäre ferner eine Hindeutung, dass die Verfälschung einer echten Urkunde einen für die Beweisführung wichtigen Punkt betreffen muss, wie andrerseits die öffentliche Urkunde auch *„in vorschriftsmässiger Form“* errichtet sein muss (Art. 137).

Nicht ganz klar scheint die Fassung des Art. 138, wie auch aus der Übersetzung „alors que la fausseté de ce fait“ sich ergiebt. Ebenso ist eine Änderung der Rubrik „Veranlassung zu falscher Beurkundung oder Beglaubigung“ neben der „incitation à constater ou certifier un fait faux“ erwünscht, vielleicht in „Bewirkung“ und „faire constater ou certifier“, im Texte: „celui qui aura volontairement fait constater“; sodann möchte der Zusatz „fait, dont l'acte est destiné à prouver la vérité“ und ähnlich im Deutschen einzuschieben sein. Wenn irgendwo, so ist *hier* diese Bedingung gerechtfertigt, sofern man überhaupt diese Bestimmung billigt.

Sehr weit in Milde will man gehen, wenn man Fälschungen und Benutzung falscher Urkunden dann straflos erachtet, wo es sich

---

[1]) Vgl. *H. Meyer* (Gerichtssaal S. 96; Lehrbuch S. 714). — *v. Liszt,* Lehrbuch S. 526/7. Abweichend *Weismann* a. a. O., S. 76; aber auch *Thyrén,* S. 215 bis 225.

[2]) Vgl. *Goos* II, 15, 56.

[3]) Nicht so weit scheint Österreich zu gehen. Vgl. *Finger,* Strafrecht, Bd. II (Berlin 1895), S. 268, Note 348.

[4]) Vgl. die Ausführungen von *Weismann,* S. 47 ff.; *Hälschner* II, 539 ff.

um den Nachweis eines begründeten oder die Abwehr eines unbegründeten Anspruches handelt (Prot. II, 116), falls ich die betreffende Bemerkung richtig verstehe. Hier schliesst sich der norwegische Entwurf enger an Thurgau § 169, Tessin Art. 219, Italien Art. 282 au. Ebenso nehme ich an, dass man Bestimmungen über Unterdrückung etc. von Urkunden für überflüssig ansah, da anderweit (etwa Art. 79?) hierfür gesorgt sei.

Ich schliesse mit dem Hinweis, dass in Art. 139 der deutsche Text jetzt „Versicherungsgesellschaft oder Krankenkasse“ nennt, demzufolge die Übersetzung etwas geändert werden muss.

Möge beiden die ernsteste Geistesarbeit erfordernden Entwürfen — dem schweizerischen wie dem norwegischen — ein freundliches Geschick beschieden sein!

Nachtrag. Inzwischen lernte ich das neue *bulgarische Strafgesetz* (vom 2. Februar 1896) kennen. Es behandelt ausführlich die Dokumentfälschung in den Art. 352—369. Für öffentliche Dokumente lässt es zur Vollendung die Fälschung genügen, fordert dagegen hierzu bei Privatdokumenten das Gebrauchmachen, hebt auch in Art. 362 Wechsel, Handelsbücher und die als Papiergeld umlaufenden Wertschriften heraus.

1. April 1897. A. T.

Aargauische Strafrechtsquellen.*)

Von Dr. *Walther Merz* in Aarau.

12. Brugger Ratserkanntnisse über das Verfahren bei Körperverletzungen.

1502, 12. September.

Vff mentag vor exaltacio crucis im xv^{c}ij jar ist geraten: welicher ein wundet, das etlicher maß schädlich ist, den sol man in gefengniß legen, bis dz man sechen mag, wie sich des wunden sach erzüchen wil zum leben oder zu dem tod.

Stadtarchiv Brugg: Rotes Buch I, fol. cclxxx^{b}.

1502, 19. September.

Zu wüssen: es ist von räten vnd zwölfen geraten vnd gesetzt, welicher einen wundet, den selben täter sol man in gefengniß legen, biß man wol sächen mag, das dem verwunten an sim leben nützit beschechen mag; dem nach sol dan aber trostung zum rechten beschächen, als billich ist nach gestalt der sach. Ob och die verwundung klein wär, also das tötlicher schad an dero nit gespürt mocht werden, wo dan der täter gute trostung zum rechten hat, mag man wol uffnämen nach geuallen eins schulthes vnd rats. Gehandelt mentag vor Maricij im xv^{c}ij jar.

Stadtarchiv Brugg: Rotes Buch I, fol. ccxii^{a}. Dieser Beschluss bildet die Vorlage für die Satzung 12 des Roten Buches IIII, vgl. diese Zeitschrift VIII, 226.

13. Verfahren am Landtag in Brugg.

1493.

Vrteilen vm vnzucht.

Welicher der ist, der den andern liblos tut, zu dem sol man griffen vnd in gefanknüß legen, vnd wan man beklagen wil, sol man in an dem

*) Vgl. diese Zeitschrift VIII, 223 ff. (1895).

aben in dem turn für bieten, des rechten ze erwarten gegen den fründen des abgangnen vnd, ob er nit frünt hette, gegen dem lichnam, vnd dan morndes für recht stellen vnd die frünt zu im lassen klagen; vnd ob nit frünt da weren, sol ein statt iren weibel dar stellen, uff in zu klagen, vnd die klag also setzen uff meinung, nach dem vnd sich die sach denzemal erhaben hat, uff söliches er in von dem leben zu dem tot bracht hab, darum so beger er gerichtz zu im, mit mer worden vnd nach dem, als es dan ein gestalt hatt.

Vff söliches wirt der, zu dem söliches klagt wirt, antwurt geben; nach dem vnd dan einer antwurt gibt, sol man dan witer in der sach handlen. Also ob wär, das einer lougnete oder ander inzüg, da von man ietz hye nütz geschriben kan, nach dem vnd dan die sach wär, was dan ein gericht erkent vnd gut bedunkt nach gestalt der sach, sol nach gangen werden.

Wen er aber gychtig wer vnd darwider nit könt den vrsachen dar zu tunt als einer, der sich gern entschulgete[1]) vnd doch nütz helfen möcht vnd sich doch erkante vnrecht getan,

Dem selben sol man dan erkenen, die wil vnd er anred sy vnd söliches leider tan hab, söll das bessern.

Vnd uff söliches sol der richter fragen des klegers fürsprech, dan sol er zu recht erkenen, die wil vnd er der anclag gichtig sy, das man in dan dem nachrichter befel vnd [der in][2]) ußfüre an vnser richtstatt vnd im sin hopt von siner achslen how, damit er in von dem leben zu dem tot bring; wan dan söliches beschäch, das er dan nach vnser statt[3]) recht den lichnam gebeßert hab.

Vnd dem nach sol der richter des klegers fürsprech fragen, die wil die bus erkent, was nun recht syg.

Sol der fürsprech erkenen, ob iemantz, er wär frünt, frömt oder heimsch, der die sach äffrete oder ändete, die söllen in des fus stapfen stan vnd ietz mit ürteil vnd recht verteilt sin.

Vnd dem nach aber der richter witer fragen, was nun recht sy.

Vff söliches sol der fürsprech zu recht erkenen, die wil er gericht hab über das blut, mog er wol uffstan vnd das, so urteil vnd recht geben hab, söliches zu volenden vnd dem nach das gut, so er verlasst, antwurten vnsern genädigen heren von Bern, doch so ver, das der kost, so über diß sach gangen ist, [och die schuldner][4]) vorab davon bezalt wirt.[5])

Stadtarchiv Brugg: Rotes Buch I, fol. ccxi^a, von der Hand des Stadtschreibers Kunrad Winecker. Vgl. diese Zeitschrift VIII, 233.

---

[1]) Sic!

[2]) Zusatz des Schultheissen Grülich.

[3]) Grülich schrieb ob „vnser statt" und an Stelle dieser Worte „keyserlichen".

[4]) Zusatz Grülichs.

[5]) Grülich: wärden.

14. Blutgerichtsordnung der Stadt Mellingen.

1757.

Stadtarchiv Mellingen: Papierhandschrift von 1757, 14 Blätter in fol., wovon 2 zusammengeklebt und 7 mit dem Text der Gerichtsordnung beschrieben.

Das Malefizgericht bestund aus dem Amtsschultheissen, den 8 Kleinen Räten, worunter der Altschultheiss, und dem Stadtschreiber, sowie 18 Herren des Grossen Rates und dem Grossweibel.

Ordnung über daß Blut zu richten.

Am tag, so der landttag gehalten wird, gibt man am morgen vmb neün uhr ein ziechen [1]) mit der gloggen jm zeit thurn; da gehen die hhen der beyden räthen als richter auff daß rathauß, und so sie versamlet seind, gehen sie mit dem process an daß ortb, alwo man pflegt den Landttag zu halten, nämblichen auff den offentlichen platz vor an den brunnen jn der baubtgaß, alda sollen die richter jn ihren schranckhen nidersitzen, aber der hr ambschnltbeiß [1]) alß oberist richter bleibt stehen und fangt an also zn reden.

Hochgeehrte, großgünstige herren! die vrsach daß selbige auff heütigen tag allhero zusammen beruffen werden, ist der leidige anlaß, daß hießer burgerssohn Hanß Jacob Iten seit einiger zeit und jahren mit villfältigen klein undt großen diebstählen nnd anderen mißhandlungen sich also vergriffen, daß ohnvmbgänglich die justitz undt gerechtigkeit darmit außgeforderet wird, vmb dißem übel entlich zu steüren und abzuhelffen. Weilen dan eine statt Mellingen von römischen kayßeren undt königen hochloblich gefreyet und begabet ist, so die noth erforderet, daß ein schultheiß soll und mag sitzen und nach kayßerlichen rechten über daß bluot richten —

So frag ich eüch hr alt schultheiß bey eüwerm eydt, ob es nun zeit und tag seye, daß ich möge sitzen undt richten nach kayßerlichen rechten über daß blut?

H. altschultheiß gibt sein urthel also:

Hochgeehrter h. schultbeiß alß oberist richter, dieweil ihr mich fraget bey meinem eydt, so sprich ich zu recht, das nun wohl der tag und zeit seye, daß ihr eüch sollet und möget setzen und richten nach kayßerlichen rechten über daß blut und da nit auffstehen biß daß recht sein völligen anßang [1]) habe, jedoch vorbehalten Gottes gewalt, leibs noth und zufahl.

Auff dißes spricht hr ambtschnltheiß:

Großgünstige herren! wem gefahlt, wie hr altschultheiß geurtheilet hat, der habe seine handt auff ein jeder bey seinem eydt.

---

[1]) Sic!

Demnach sitzet hr ambtschultheiß nider, ziechet daß schwert auß und legt daß blose schwert und die scheidt für sich auff den tisch undt spricht also:

Dieweil ich sitzen und richten will nach kayßerlichen rechten, so frage ich eüch herr N: N: . . . . . bey eüwerem eydt, ob daß gricht besetzt seye?

Der befragte herr spricht also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberist richter! ich sprich zu recht auff meinen eydt, daß nach kayßerlichen rechten und nach vnßerem alten gebrauch das gricht wohl besetzt seye, daß ihr möget nach kayßerlichen rechten sitzen und richten über daß blut.

Herr ambtschultheiß fahret fort:

Ich frage eüch herr N: N: bey eüwerem eydt, ob ich daß gricht verbahnen möge?

Der befragte herr urtheilt also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberist richter! ich sag bey meinem eydt, daß ihr billich daß gricht verbahnet, waß da geurtheilet wird, krafft habe, daß darin niemand rede dan durch sein erlaubten fürsprech, er wolle dan ein urthel geben oder widersprechen, bey der buoß.

Hr ambtschultheiß verbahnet hierauff daß gricht und sagt also:

Wie urthel und recht erkänt, so frage hiemit zum ersten, anderen und dritten mahl, verbahne daß malefitz gricht, daß, waß da gescheche, krafft und macht haben solle, daß niemand darin oder darwider rede, eß seye ihme dan erlaubt durch sein zugegebnen fürsprech, und daß bey meinen der hhrn richteren buoß.

Nach dißem wird der armme mensch vorgestelt.

Hierauff spricht hr ambtschultheiß:

Wer ist nun hier, der daß recht begehrt, der kan hervor tretten und sich anmelden.

Dan so trittet der großweübel hervor und sagt:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberistrichter, ist mir erlaubt, etwaß vorzubringen?

Herr ambtschultheiß spricht:

Eß ist erlaubt.

Großweübel sagt:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberist richter, ihr großgünstige herren richter und urthelsprächer! ich begehre gricht und recht in nammen der lieben justitz und begehre einen fürsprech nämblich den hr bauherr Huober.

Der gebettene fürsprech stehet gleich auff und spricht:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß, ist eß erlaubt, etwaß vorzutragen.

Hr ambtschultheiß spricht:

Ja, eß ist erlaubt.

Der hr fürsprech redet also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberist richter, ihr großgünstige hhren richter! ich bitte und begehre, deßen entlaßen zu werden, dan ich besorge, der großweübel habe einen hochwichtigen handel, so leib, leben, ehr, gut vnd blut betreffen will, deme ich nit vorstehn könne und also mit mir versaumbt wurde, darumb bitte ich, deßen entlaßen zu werden.

Hr ambtschultheiß sagt:

Ich frage eüch N. N. bey eüwerem eydt, dieweil der erbettene fürsprech eß nit thuen will, waß darum recht seye?

Der befragte richter urtheilt also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß! ich sprich bey meinem eydt zu recht, daß ihr ihme daß biettet beym eydt, daß er dem großweübel sein redt darthue, er wende dan andere sachen für, die ich noch nit gehört habe.

Hr ambtschultheiß spricht:

Herr N. N. ich gebiette eüch hiemit beym eydt, daß ihr deß großweübels fürsprech sein und eüch zu ihme stellen sollet.

Alß dan redet der fürsprech also:

Dieweil mir daß gebotten ist, soll und muß ich billich gehorsamm sein und stelle mich zu dem großweübel und behalte ihme vor redt und rath, so vill und dickh er deßen nöthig ist, und so ich ihne mit worten versaumbte, daß er ohne schaden möge einen anderen nemmen vnd von demselben auch an den dritten sprechen, so lang, biß ihme widerfahrt, darzu er recht hat.

Nachdemme wird der armme mensch her vor geführt, den die geistlichen begleitten, welcher dan auch ein fürsprech begehrt, und der hr pfarherr sagt dem armmen menschen, waß für ein fürsprech mit nammen er nemmen soll.

Der begehrte hr fürsprech sagt:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß alß oberist richter, ihr meine großgünstige hhren richter, ich bitte, man wolle mich deßen entlaßen, dan ich sich und höre, daß dißer armme mensch große und schwere sachen zu verantworten hat, die ich nit im standt bin zu vertbädigen.

Hr ambtschultheiß sagt:

Ich frag eüch herr N: N: bey eüwerem eydt, weilen deß armen menschen erbettene fürsprech daß nit thuen will, waß darum recht seye?

Der angefragte hr richter spricht:

Ich sprich bey meinem eydt zu recht, daß ihr ihme daß gebiettet beym eydt, daß er deß armmen menschen sein redt darthue, er wende dan andere ursachen vor, die ich noch nit gehört habe.

Herr ambtschultheiß spricht:

Herr N: N: ich gebiette eüch hiemit beym eydt, daß ihr des armen menschen fürsprech sein und eüch zu ihme stellen sollet.

Alß dan redet der fürsprech also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß, ihr meine großgünstige hhrn richter! Dieweil mir daß gebotten ist, soll und muß ich billich gehorsammen und

stelle mich zu dem armmen menschen; ich behalte ihme vor redt und rath, so offt und vill er dessen nöthig ist, und so ich ihne mit worten versaumbte, daß er ohne schaden möge einen anderen nemmen nnd von demselben auch an den dritten sprechen, so lang biß ihme widerfahrt, dar zu er recht hat. Ich behalte ihme vor alles, waß ich ihme vorbehalten solle, ich eröffne es oder nit; vnd weilen eß dem armmen menschen leib und leben, ehr, gut und blut antreffen will, so behalte ich mir vor, wan ihr herren die richter mich einer oder mehr urthel auff den eydt fragen wurdet, daß ich da zu mahl meines eydts entlaßen seye und wohl möge auß gnaden ein vrthel sprechen nnd mir solches an meinen ehren vnverweißlich sein solle.

Auff dißes nemmen die beyde fürsprechen in ihren rath einen richter vmb den andern, und fanget deß großweübels fürsprech an, einen zu nemmen, alß dan deß armmen menschen fürsprech einen, und also fort, biß sie die richter alle genomen; alß dan tretten die fürsprech mit ihren räthen ab: die einte parthey, alß deß großweübels fürsprech, auff die lauben, und deß armmen menschen in daß kauffhanß. Beide hh^{rn} schultheiß nnd stattschreiber bleiben sitzen.

Der armme mensch nnd die hh^{rn} geistlichen bleiben stehen.

Hernach kommen die fürsprech mit ihren räthen zuruckh, die räth setzen sich an ihr orth in schranckhen, deß großweübels fürsprech stellet sich zum großweübel, der andere zum armmen menschen.

Deß großweubels fürsprech fangt also an zu reden:

Mnhgh^{r} ambtschultheiß alß oberist richter, meine großgünstige hh^{rn} richter, wollet ihr hören, waß mir der großweübel zu redten befohlen hat? Daß ist die meinung: nachdemme der armme mensch da zu gegen in eüwer herren der statt Mellingen gefängnuß kommen ist, hat er sömlich große schwere und schantliche handel bekänt und verychen, daß ich die von mundt nit reden und erzellen kan; dieweil aber dieselbigen in schrifft gestelt worden seind, so setze ich znm rechten ob die nit frey offentlich vor mäniglichen sollen abgeleßen werden und darnach aber gescheche, was recht ist.

Auff dißes fragt h^{r} ambtschultheiß:

Ist niemand verhanden, der dißes begehren widerspricht?

Nach dißem redet deß armmen menschen fürsprech also:

Mnhgh^{r} ambtschultheiß alß oberist richter, ihr meine großgünstige herren richter! wir wollen eß hören in hoffnung, der handel seye nit so schwer und böß, wie darvon geredt ist, dan daß wir den handel, ob gott will, verantworten mögen, und wir laßen diß auch an ein recht.

H^{r} ambtschultheiß spricht:

Großweübels h^{r} fürsprech, ich frag an, waß eüch hierüber recht bedunckhe?

Dißer fürsprech sagt also:

Mnhgh^{r} ambtschultheiß, ihr meine großgünstige hh^{rn} richter, ich spriche zu recht, daß die verycht frey offentlich vor mäniglichen ver-

leßen werden sollen, damit wir nit zu vill noch zu wenig vor gericht geredt und angezeigt, deme solle auch folg geleistet werden.

Hr ambtschultheiß spricht:

Wem gefalt, wie die hhrn fürsprech geurtheilt haben, der habe sein handt auff ein jeder bey seinem eydt.

Auf dißes stehet hr stattschreiber auff undt verlißet die verycht.

Nach verleßnen verychten spricht großweübels fürsprech also:

Mnhghr hr ambtschultheiß, ihr meine großgünstige hhrn richter! Dieweil der armme mensch da zugegen ville mißhandlungen bekänt und verychen hat, so begehrt der großweübel, daß er außage, ob er selbes verhandlet und vollbracht habe und deßen annoch [annoch] kantlich seye; darnach aber gescheche, waß recht ist.

Auff dißes spricht deß armmen menschen fürsprech:

Mnhghr ambtschultheiß! ich bitte vmb rath.

Herr ambtschultheiß spricht:

Der rath ist eüch erlaubt.

Hernach gehet dißer fürsprech mit seinem rath, so er schon zu vor genommen, in daß kauffhauß sambt dem armmen menschen, fragt ihne, ob er dißer verychten annoch kantlich seye; hernach kombt alles zu ruckh und dißer fürsprech redet also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß, meine großgünstige herrn richter! der armme mensch hat mir befohlen zu sagen, er seye ein gebundener und gefangner armmer mensch und bette doch, man wolte ihme seine bandt dißmahl ablößen laßen, damit er desto hertzlicher redten und antworten möge, und setze ihme die sach zum rechten.

Herr ambtschultheiß spricht:

Ich frage eüch an hr altschultheiß N: N:, ob dem armmen menschen sein begehren könne gestattet werden?

Hr altschultheiß sagt also:

Mnhghr ambtschultheiß, meine großgünstige hhrn richter! mich dunckhet billich, daß dem armmen menschen sein begehren bewilliget werde.

Herr ambtschultheiß spricht:

Wem gefalt, wie hr altschultheiß geurtheilt hat, der habe seine handt auff ein jeder bey seinem eydt.

Hierauff befelchnet hr ambtschultheiß den bettel vogt, dem armmen menschen die bandt auffzulößen.

Darnach spricht deß armmen menschen fürsprech weiters:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß, meine großgünstige hhrn richter! der armme mensch hat mir befohlen zu sagen, er habe gehört schrifftlichen verleßen, waß er bekänt und gethan habe, und solle darauff antwort geben, ob er alles also gehandlet und vollbracht habe; hierauff heist er mich redten, daß er kantlich (:leider! Gott erbarmme es:), diß alles gehandlet vnd vollbracht zu haben; er könne es nit verneinen; er seye aber noch jung; er habe nit so vill verstandt gehabt und habe nit gedenckht, daß dißes also zu großen vnstatten kommen und ihme so

sehr nachtheilig sein solte; eß habe theils auch die noth wegen speiß und tranckh dahin angetrungen, wie er dan alles, waß er entfrömbdet, an speiß und tranckh verwendet habe; eß ist ihme auch von hertzen treülich leidt, und so ihme Gott sein leben fristet, wolle er sich bekehren und halten, wie daß einem christ wohl anstehe; er bittet also vmb Gottes und deß jüngsten grichts willen eüch, meine großgünstige herren, daß ihr ihme gnadt vndt barmhertzigkeit erzeigen und mittheilen wollet.

Da nimbt der kläger rath mit vorigen seinen räthen.

Da der kläger wider kombt, spricht er also:

Hochgeehrter hr ambtschultheiß, meine großgünstige herren richter! der großweübel hat verstanden, daß der armme mensch deß großen mißhandels ychtig undt kantlich seye, nämblich deß einbruchs und diebstahls wegen dem pfert, und daß er andern biderleüthen villfältig daß ihrige genommen. Daß waß er durch seinen fürsprech hat eingewent, ist eine schlechte entschuldigung, also wan ihne solches solte oder möchte beschützen, so wurde die vngerechtigkeit überhandt nemmen; deßenthalben so stehet der großweübel und klagt dißes da zu seinem leib und leben und setzet zum rechten, ob er nit nach kayßerlichen rechten solle gestrafft werden?

Auff dißes spricht deß armmen menschen fürsprech:

Mnhghr ambtschultheiß! ich begehre mit dem armmen menschen rath einzuholen.

Hr ambtschultheiß spricht:

Eß ist eüch erlaubt.

Da gehen sie mit den räthen in daß kauffhauß, und wan der fürsprech zurückh kombt, spricht er:

Mnhghr ambtschultheiß, meine großgünstige hhrn richter! der armme mensch heist mich reden, er habe die große und schwere klagen, so auff sein leib und leben beschehen, verstanden (: der große Gott im himmel erbarmme eß :); er könne nit darwider, er laße den handel auch zu recht; dieweil er aber besorge, der handel werde ihme zu schwerr, so bittet er eüch, großgünstige herren richter und urthelsprecher, alle gemeinlich und ein jeder in besonders durch Gott und vnßer lieben frouwen, auch der außerwöhlten lieben heiligen, ihr wollet auff den heütigen tag nit nach den kayßerlichen rechten richten, sonder eüwere urthel nach der barmhertzigkeit ertheilen, wie wir auch alle von Gott begehren, nit nach vnserem verdienen gestrafft zu werden; ihr wollet auch ansechen, daß er eine so lange zeit in der gefangenschafft gelegen, und dardurch villes abgebüößet; ihr wollet betrachten, wie am jüngsten tag wir alle werden vor Christo Jesu vnserem herren stehen, da wir seiner barmhertzigkeit auch werden nothwendig sein.

Hierauff trettet der armme mensch ab, und die geistlichen gehen mit ihme in daß kauffhauß.

Nach dißem spricht hr ambtschultheiß:

Großweübels hr fürsprech, ich frage eüch beym eydt, waß eüch nach klag und antwort recht bedunckhe?

Klägers hr fürsprech sagt:

Mnhghr ambtschultheiß, ich bitte vmb rath mit denen herren urthelsprecheren.

Hr Ambtschultheiß vergönt ihme den rath.

Nach eingeholtem rath spricht klägers fürsprech:

Mnhghr ambtschultheiß alß oberist richter! ihr habt mich auff die große schwere klag bey meinem eydt des rechtens gefragt, deßen habe ich begehrt mich zu berathen, daß ist mir erlaubt worden, und ich habe am rath gefunden und bedunckht mich auch recht, dieweilen der armme mensch über die gebott Gottes und des menschen nit verschonet, sonderen frommen leüthen daß ihrige gestohlen und andere schwere sachen verübt, daß er ehender todt alß lebendig seye; so erkenne ich ihme ab sein leben nach vermög deß rechtens, daß er von dem leben zum todt solle gestrafft werden.

Hr ambtschnltheiß spricht weiters:

Hr fürsprech N. N. diß armmen mensch, gebet an jetzo eüwer vrthel.

Deß armen menschen fürsprech urtheilt also:

Mnhghr ambtschnltheiß, meine großgünstige herren richter! ich habe mir anfangs, alß ich deß armmen menschen fürsprech bin bestelt worden, außgebetten, das, wan ich bey meinem eydt solte angefragt werden, ein oder mehrere urthel zu geben, daß ich meines eydts solte entlaßen sein, welches mir auch ist zugestanden worden; hiemit urtheile ich also: mich dunckhet recht und billich, daß ihr herrn die richter dem armmen menschen wollet gnad mittheilen und ihne mit einer leibßstraff nach eüweren belieben ansechen oder mit gefangenschafft straffen, damit ihme sein leben möchte gefristet werden; dan er anerbiettet sich in daß khünfftige die tag seines lebens nimmer mehr bößes zu thuen.

Auff dißes spricht hr ambtschultheiß:

Wem gefalt, wie deß armmen menschen hr fürsprech geurtheilt hat, der habe seine handt auff ein jeder bey seinem eydt.

Hier hat kein richter die handt auff, sonder hr ambtschultheiß fragt an den hr altschultheiß, daß er bey seinem eydt ein vrthel gebe.

Hr alt schnltheiß urtheilt also:

Mnhghr ambtschultheiß, weilen sie mich bey meinem eydt vmb ein urthel fragen, so urtheile ich und gedunckht mich recht, dieweil dißer armme mensch wegen seinen so villen mißhandlungen und diebstehlen so villfältig in gefangenschafft gesetzt worden, von geistlichen und weltlichen seines üblen aufführens ernstlich ermahnt, auch mit allerhand leibs straffen gezüchtiget worden, jedanoch keine beßerung erfolgt, sonder immerdar noch ärgere und schlimmere händel getriben, auch würckhlich kein eintzige anzeigung einer beßerung vorhanden, daß also der hoche Gott nit je mehr und mehr beleidiget und der nebend mensch beschädiget werde, alß erkänne ich, daß er nach kayßerlichen rechten vom leben zum todt solle gebracht werden.

Hierauff fragt hr ambtschultheiß einen richter vmb den anderen an:

Herr N: N: sprechet bey eüwerm eydt, waß eüch hierüber recht bedunckhe.

Da gibt ein jeder also antwort:

Mnhghr ambtschultheiß! mich dunckhet billich und recht wie hr altschultheiß geurtheilet hat.

Alß dan fragt hr altschultheiß den hr ambtschultheiß vmb sein urthel.

Welcher dan auch sein urthel gibt gantz kurtz wie die vorige herren richter.

Hr ambtschultheiß nach gegebnem seinem urthel redet dan weiters also:

Dieweilen nun vrthel und recht gegeben hat, daß der armme mensch den todt verschuldet habe, so will ich nun an einer urthel erfahren, waß todts er sterben solle?

Ich frage also eüch großweübels hr fürsprech, daß ihr hierüber eydtlich urtheilet.

Großweübels hr fürsprech vrtheilt also:

Mein hochgeehrter hr ambtschultheiß, ihr meine großgünstige hhrn richter! mich dunckhet recht, daß nach gestalt der sachen ihr hhrn richter den armmen menschen dem scharffrichter übergebet, daß er ihme die händt auff den ruckhen binde, alß einen schantlichen übeltheter außführe auff die gewohnliche richtstatt, ihme aldorten die augen verbinde und vom leben zum todt hinrichte also, daß er ihme soll abhauwen sein haubt und auß ihme mit einem schlag zwey stückh machen, daß zwüschen dem todten cörper und haubt ein waagen radt durch gehen möge, damit durch solche abscheüliche straff jung und alt ein exempel und abscheüen faße, vor dem bößen sich zu hüten vnd deß guthen sich zu befleißen.

Hr ambtschultheiß fragt deß armmen menschen fürsprech vmb sein vrthel.

Deß armmen menschen fürsprech vrtheilt also:

Mnhghr ambtschultheiß, ihr meine großgünstige herren richter! ich hab mein vrthel schon gegeben nach der gnad und barmhertzigkeit, worbey ich verbleibe, und ich thue den armmen menschen nach mahlen dero gnad undt barmhertzig [1]) anbefehlen.

Herr ambtschultheiß spricht weiters:

Hr altschultheiß! ich frage den herren beym eydt vmb sein urthel an?

Herr altschultheiß spricht also:

Mnhghr ambtschultheiß, ihr meine großgünstige hhren richter! weilen ich beym eydt vrtheilen solle, waß todts der armme mensch sterben solle, so sage ich, daß, wan ich betrachte den einbruch und diebstahl deß pferts, auch ville andere grobe diebstähl und mißhandlungen, so

[1]) Sic!

dißer armme mensch begangen und verychen hat, so finde ich, daß er würdtig wäre, durch den strang hingerichtet zu werden; wan ich hingegen in betrachtung zieche seine jugent, so ist wohl zu glauben, daß sein verstandt noch nit so reiff und groß seye wie eines alten, er also nit geglaubt, daß dißere seine mißhandlungen ihme so nachtheilig und so übel möchten außgedeütet werden; wan ich auch betrachte die langwirige gefangenschafft, so er hier und anderstwo außgestanden und zugleich die so villfältige leibsstraffen, mit denen er bezüchtiget worden, wordurch er auch villes abgebüßet, so vrtheile ich hiemit und dunckhet mich recht, daß aus sonderbahrer gnadt er mit dem schwerdt vom leben zum todt solle hingerichtet werden.

Alß dan fragt hr amhtschultheiß einen hrn richter vmb den anderen an, waß sie hierüber billich und recht dunckhe?

Die hhrn richter sprechen also ein jeder in seim tur:

Mnhghr ambtschultheiß! mich dunckhet billich und recht, daß der armme mensch durch daß schwerdt solle hingerichtet werden.

Auff dißes gibt hr ambtschultheiß auch sein urthel wie ohige.

Hernach wird der armme mensch in den schranckhen geführt, vmb sein urthel auff den knien an zu hören.

Herr amhtschultheiß sagt:

Armmer mensch höre dein vrthel an. Da lißet er ihme sein vrthel vor, ein stäblin in der handt haltend, und da er das urthel vor geleßen, bricht er den stab und wirfft die stückh vor dem armmen menschen zu boden und spricht also: so gewüß daß dißer stab gebrochen, so gewüß wirst du heüt deß todts sterben; hier bey vnß menschen ist kein gnadt, bey Gott ist gnadt.

Darauff spricht hr ambtschultheiß ferners zu dem scharffrichter:

Scharffrichter! ich anhefihle und übergibe dir dißen armmen menschen, daß du ihne hindest und auff die gewohnliche richt statt führest, an ihme aldorten daß ergangene vrthel vollziechest und ihme nach keyßerlichen rechten den kopff in daß feldt hauwest.

Alß dan nimht der profos den armmen menschen, hebt ihne auff, entbindet ihne, und der scharffrichter trittet hin zu und bindet ihne.

Hr ambtschultheiß spricht zu hrn rentherren, waß ihne weiters recht bedunckhe?

Herr rentherr spricht:

Weilen mich hr ambtschultheiß deß rechten fragt, so vrtheile ich und dunckht mich recht, daß, wan dißer armme mensch mittel und guth hinderlaßen, solches vnßern hochgebiethenden gnädigen herren und obern solle eingehändiget werden, jedoch sollen allhießige billiche cösten darauß bezalt werden.

Hr ambtschultheiß spricht zu hr altschultheiß:

Hr schultheiß! ich frage eüch deß rechten, ob daß gricht entbant sein und ich wider auffstehen möge?

Hr altschultheiß urtheilet also:

Mnhghr ambtschultheiß! ich vrtheile und spriche zu recht, die weilen daß malefitz gericht nach vnßeren satzungen und ordnungen vollkommen beendiget, alß möge daß gericht wohl entbanet sein und könne mnhghr ambtschultheiß sambt denen herren richteren widerumb auffstehen.

15. Blutgerichtsordnung der Grafschaft Baden.

Sie ist erhalten in einem höchst seltenen Druck des vorigen Jahrhunderts, o. O., Dr. u. J., 4°, und lautet:

Land- oder Malefiz-Ordnung der Graffschafft Baden im Ergeuw.

Wann eine Persohn in Verhafft kommt, und durch förmlich geführten Process, so vil auf sie erfunden wird, daß der Herr Landvogt, und die Herren Amts-Leuth bey ihren Eyden befinden, daß sie dem Land- oder Malefiz-Gericht übergeben werden solle, so wird das Land-Gericht einige Täg vorhero angesetzt, und ausgeschriben.

Zu demselbigen werden beruffen zwey von Kayserstuhl, zwey von Clingnau, zwey von Zurzach und zugehörigen Gemeinden; Demnach die acht Untervögt der acht Aemteren der Graffschafft Baden, dannethin noch zehen Persohnen von den Steur-Meyeren, oder sonsten Beamteten, und anderen verständigen, ehrlichen Männeren, bis die Zahl der vier und zwantzig erfüllet ist; Worbey zugewahren, daß die Anzahl der Richteren so eingerichtet, daß ein gleiche Zahl von beyden Religionen sich befinden, deßgleichen, daß sie nach Proportion auf die Aemter vertheilt werden.

Drey Tag, ehe das Land-Gericht gehalten wird, wird dem Maleficanten, durch den Läuffer, der Rechts-Tag angekündiget, und seye dann den Herren Geistlichen überlassen.

An dem angesetzten Rechts-Tag versammlen sich die Herren Amts-Leuth, samt den Richteren in dem Schloß, da dann in Beywesen siben von den Richteren, dem Maleficanten, durch den Herrn Unterschreiber, die summarisch, und in kuntzen [1]) Puncten zusammen gezogenen Vergicht, verständlich vorgelesen, und befraget: Ob sie dessen annoch bekannt, und sich hierauf dem Willen GOttes und deß Richters unterziehe? Und wann sie also ihre Bekanntnuß bejaet, wird solches dem Herrn Landvogt, Herren Amts-Leuthen und Richteren überbracht.

Herr Landvogt.

Worauff der Herr Landvogt denen Richteren erklärret, worinn eigentlich die Missethat beruhe, und was nach denen Rechten für Straff darauf gesetzt, und daß der Richter nicht befügt, einige Gnad zu ertheilen, indeme er nach der Strenge der Gesätzen zu urtheilen habe, und die

---

[1]) Sic!

Gnad zu ertheilen in Milderung deß Urtheils, allein der Hohen Oberkeit zustehe.

N. B. Es ist auch klarr versehen, wann ein Land-Gericht ein Urtheil fällen thut, welche der begangenen Missethat klarr unangemessen, und dardurch Gunst erweisen wollte, daß ein Herr Landvogt den Maleficanten wider zuruck führen lassen möge, und die Hohen Oberkeiten dessen berichten, welche nach Beschaffenheit der Sachen hierüber disponieren möge.

Als dann gehet der Herr Landvogt, deme der Läuffer das Reichs-Schwerdt vortragt, samt denen Herren Amts-Leuthen und Richteren hinaus in den verordneten Schrancken, da sie sich setzen, und der Maleficant auch gebracht wird, welcher zu Ende deß Schranckens, bey den Herren Geistlichen verbleibet, und bleibt das Schwerdt auf dem Tisch ligen, und der Process geführet wie folget:

Herr Landvogt.

Fromme, Ehrsamme, Liebe und Getreue! nachdeme N. N. von N. in allhiesige Verhafftung kommen, und dessen Mißthun nach ordentlich verführtem gut- und peynlichem Examen, so befunden worden, daß Ich nicht umgehen können, denselben für dises offen Land-Gericht zustellen, damit das Böse und Mißthun gestrafft, das Land von so schwären Lasteren gereiniget, und anderen ein Exempel zum Abscheuen vorgestellt werde.

Als frage Ich euch N. N. den ersten Richter von Kayserstuhl an, auf eueren Eyd, ob es Tags-Zeit seye, daß Ich im Nahmen Meiner Gnädigen Herren und Oberen der Löbl. die Graffschafft Baden Regierenden Orthen möge sitzen zu richten über Sachen, die das Blut und Leben berührend?

Erster Richter von Kayserstuhl.

Herr Landvogt! ich erkenne auf meinen Eyd, daß es wohl Tags-Zeit seye, daß Ihr sitzen mögend zurichten über Sachen, die das Blut und Leben betreffend.

Herr Untervogt.

Hierauf wird durch Herrn Untervogt von Persohn zu Persohn umgefraget, welche der gegebenen Meynung mit lauter Stimm folgen.

Auf dises setzet sich Herr Landvogt nider mit allen Herren Amts-Leuthen und Richteren, und wird Ihme das Schwerdt zwischend die Armb gegeben.

Herr Landvogt.

Weilen es nun Tags-Zeit ist, daß Ich im Nahmen Meiner Gnädigen Herren und Oberen mag sitzen über das Leben und Blut zu richten, als frag ich euch N. N. den anderen Richter von Kayserstuhl an, auf eueren Eyd, ob das Gericht solle verpannet werden, und zwaren bey der höchsten Buß, so, daß niemand nichts darein reden, dann durch seinen erlaubten Fürsprechen, er werde dann gefraget?

Anderer Richter von Kayserstuhl.

Herr Landvogt! ich erkenne auf meinen Eyd, daß Ihr das Gericht wohl verpannen mögen, und zwaren bey der höchsten Buß, so, daß niemand nichts darinn reden, dann durch seinen erlaubten Fürsprech, er werde dann gefraget.

Herr Untervogt.

Hier wird die Umfrag, wie vorgemeldet, von Haupt zu Haupt gehalten.

Herr Landvogt.

Weilen es nun Tags-Zeit ist, daß Ich im Nahmen Meiner Gnädigen Herren und Oberen mag sitzen über das Leben und Blut zu richten; Als verpanne hiemit das Land-Gericht, und zwar bey höchster Buß, so, daß niemand nichts darin reden, dann durch seinen erlaubten Fürsprechen, er werde dann gefraget.

Herr Landvogt.

Wem etwas angelegen, der mag sich verfürsprechen.

Untervogt von Ehrendingen.

Worauf der Untervogt von Ehrendingen, als Kläger, einen aus denen Richteren zu seinem Fürsprechen erbittet.

Welcher sich wideret, und die Schwäre der Sach, seine Ungeschicklichkeit, etc. vorwendet.

Herr Landvogt.

Ich frage euch N. N. den ersten Richter von Zurzach, ob es nit billich, daß der angesprochene Fürsprech die Klag thun solle?

Erster Richter von Zurzach.

Welcher solches erkennet, es wäre dann, daß er genugsammen Auszug hätte, der ihne darfür schirmet.

Herr Untervogt.

Haltet abermahl von Persohn zu Persohn die Umfrage, welche der gegebenen Meynung folgen.

Klägers Fürsprech.

Dann so vermeynt der Fürspech, [1]) es seye Auszugs genug, daß er die Sach nit zum besten verstehe.

Herr Landvogt.

Ihr sollet billich der Urthel Statt thun. Will er sich ferner weigeren, so befilcht ihme der Herr Landvogt bey seiner höchsten Buß. Alsdann ist er gehorsamm.

[1]) Sic!

Läuffer.

Hieraufbegehret der Läuffer im Nahmen deß Maleficanten auch einen Fürsprech.

Herr Landvogt.

Es ist erlaubt.

Läuffer.

Dann spricht er einer aus den Richteren an, deß armen Menschen Fürsprech zu seyn; welcher sich weigeret und entschuldiget.

Herr Landvogt.

Ich frage euch N. N. den anderen Richter von Zurzach, ob es nicht billich seye, deß armen Menschen Fürsprech zu seyn?

Anderer Richter von Zurzach.

Welcher solches erkennet, es wäre dann, daß er genugsammen Auszug hätte, der ihne darfür schirmet.

Herr Untervogt.

Fraget mehrmahlen um, und zwar von Haupt zu Haupt.

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr Richter! weilen die Sach, welche behandlet wird, eben schwär und wichtig, und Leib und Leben betreffen thut, als bitte mir zu erlauben, mit denen Richteren von Kayserstuhl, Clingnau und Zurzach, samt den acht Untervögten Rath zu halten.

Herr Landvogt.

Es ist erlaubt.

Tretten ab.

Da sie abtrettend und sich berathend, in dem hierzu verordneten Gebäu; Wann sie nun wider kommen, und sich gesetzt haben, sagt er:

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr Richter! wollet ihr losen?

Herr Landvogt.

Ja, losend ihr Richter!

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr Richter! weilen deß armen Menschen Mißhandlung und Bekanntnuß zu Pappier gebracht worden, bitte ich, daß sie abgelesen werden.

Herr Landvogt.

Ich frage euch deß ersten Klägers Fürsprech, was euch hierüber gut duncke?

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt nnd ihr Richter! ich erkenne, daß die Schrifft abgelesen werde.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß armen Menschen Fürsprech, was euch recht dnncke?

Maleficanten Fürsprech.

Herr Landvogt und ibr Richter! ich erkenne ebenmäßig, daß die Schrifft abgelesen werde.

Herr Landvogt.

Will jemand anderst urtheilen, dann geurtheilet ist?

Herr Untervogt.

Fraget um, von Richter zu Richter.

Herr Landvogt.

Herr Landschreiber (oder Herr Unterschreiber) lesend die Vergicht laut und verständlich ab.

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr die Richter! ihr habend gehört, wie diser arme Mensch, mit Gotts-Lästerung, Mord und Todschlag, Diebstahl, Kirchen-Raub, oder wie die Missethat an sich selbsten ist; so übel mißhandlet, und wider göttlich- und menschliche Gesätze sich vergriffen; Und weilen dem Gemeinen Weesen sehr viel daran gelegen, daß das Böse gestrafft, der Zorn GOttes abgewendet werde, als will ich an dem Rechten erfahren, ob er nicht darum gestrafft solle werden?

Maleficanten Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr die Richter, weilen die Klag auf den armen Menschen eben hart und schwär geschibet, als bitte, daß ich eben mit denen, so der Kläger in seinem Rath gehabt, auch Rath halten möge.

Herr Landvogt.

Es seye euch erlanbt.

Maleficanten Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr die Richter! ich habe die Klag über den armen Menschen wohl verstanden, und daß er seiner Fehler halber peynlich beklagt wird; Nun kan zwar derselbige seines Verbrechens nit absin, es seynd ihme aber disere seine Sünden von Hertzen leyd, und hat er Zeit während seiner Gefangenschafft, den lieben gnädigen GOtt hertzlich um dero Verzeyhung gebetten, und hoffet bey ihme Gnad zu haben; Er bittet auch dermahlen die Oberkeit, und wenn er immer sonst beleydiget, um Gnad und Barmhertzigkeit, wan es immer möglich, ihme zu ver-

schonen, und das Leben zu schäncken (in Ansehung seiner Jngend, Alters, Unverstands, Ubereylnng, nit gehabter Intention) oder was sonsten kan vorgewendt werden; Er ist anerbietens, wann er solche Gnad erlanget, die übrige Zeit seines Lebens, GOtt und der Oberkeit dafür zu dancken, nnd sich als einen zwar, aber doch wahrhafftig bußfertigen Sünder zuerzeigen, nnd niemand mehr zn erzörnen noch zu beleydigen; setze nicht zum Rechten, sondern flehe nur um Gnad und Barmhertzigkeit!

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt! ich begehre ferneren Raths.

Herr Landvogt.

Es seye ench erlaubt.

Trittet ab.

Darnach trittet er widerum, mit den vorigen, ab, und wann sie wider kommen, und sie sich gesetzt, redet er:

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr die Richter! ihr habt wohl verstanden, daß der arme Mensch seiner Missethaten geständig ist, und einig um Gnad bittet. Nun will ich ihme der Gnad bey GOtt von Hertzen wünschen und gönnen; Wann aber die Oberkeit gesetzt ist, das Böse auszurenthen, und ich zu einem Kläger verordnet; Als klage hiemit zu seinem Leib und Leben, Ehr und Guth, so lang und so vil, bis er darnm genugsam nach dem Rechten gebüßt hat.

Maleficanten Fürsprech.

Bittet nochmahlen nit nach der Strenge der Gesätzen, sondern Gnad für Recht ergehen zu lassen, mit Widerholung aller Gründen, die ihme darzu bringen möglich.

Herr Landvogt.

Ich frage ench, deß Klägers Fürsprech, an auf eueren Eyd, ob der arme Mensch nit Buß-würdig seyn solle?

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt und ihr die Richter! ich erkenne auf meinen Eyd, daß der arme Mensch Straff-würdig seye.

Herr Landvogt.

Ich frage ench, deß armen Menschen Fürsprech, anf eueren Eyd, ob der arme Mensch nit Bnß-würdig seyn solle?

Fürsprech.

Herr Landvogt nud ihr die Richter! ich erkenne auf meinen Eyd, daß der arme Mensch Straff-würdig seye.

Herr Untervogt.

Fraget die Richter an nach der Ordnung; Welche der Urthel folgen.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß Klägers Fürsprech, an auf eueren Eyd, was diser arme Mensch für ein Straff und Buß verdienet habe?

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt! ich begehre Rath zu halten mit allen Richteren, die hierüber zu urtheilen habend.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß armen Menschen Fürsprech an auf eueren Eyd, was diser arme Mensch für ein Straff und Buß verdienet habe?

Maleficant Fürsprech.

Begehret gleichmäßigen Rath.

Herr Landvogt.

Es seye euch erlaubt.

Tretten ab.

Hierauf gehen die Fürsprechen samt allen Richteren zu dem Schrancken hinaus, an das verordnete Orth, und berathen sich einer Urthel, einhellig, oder durch das Mehr, lassen den Herrn Landvogt und die Herren Amts-Leuth allein sitzen, und wann sie wider kommen, und sich gesetzt, redet er:

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß Klägers Fürsprech, an bey euerem Eyd, was ihr euch berathen, und was euch recht dunckt, daß der arme Mensch um seiner Mißhandlung leyden solle?

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt! es ist von einem Ehrsammen Land-Gericht einhellig (mit mehreren Stimmen) erkennt, daß der arme Mensch, seiner Mißhandlung wegen, dem Scharpffrichter übergeben werde, der solle ihme die Händ vorwerths (hinterwerths) binden, ihne die Land-Straß hinaus auf die gewohnte Wahlstatt, zu dem Hoch-Gericht führen, und daselbst mit dem Schwerdt das Haupt von dem Cörper schlagen, daß ein Wagen-Raad zwischend dem Haupt und dem Cörper hindurch gehen möge (oder mit dem Strang an einen Balcken so hoch binden, daß Laub und Gras unter seinen Füssen wachsen möge, oder auf einer Hurd lebendig zu Aschen verbrennen, oder mit dem Raad von unden herauf, mit so vil und so vil Stössen, seine Bein und Armb zerbrechen, und darnach den Hertzstoß geben, oder lebendig auf das Raad flechten, oder wie die Beschaffenheit der Missethat die Straff erforderet) und also vom Leben zum

Tod hinrichten, wormit er dann gebüßt, und dem zeitlichen Gericht und Rechten genug gethan haben solle.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß armen Menschen Fürsprech an auf eueren Eyd, was euch recht dunckt, daß diser arme Mensch, um seiner Mißhandlung willen leyden solle?

Maleficanten Fürsprech.

Herr Landvogt! es ist von einem Ehrsammen Land-Gericht einhellig (mit mehreren Stimmen) erkennt, daß der arme Mensch seiner Mißhandlung wegen dem Scharpffrichter übergeben werde, der solle ihme die Händ vorwerths (hinderwerths) binden, ihne die Land-Straß hinaus, auf die gewohnte Wahlstatt, zu dem Hoch-Gericht führen, und daselbst mit dem Schwerdt das Haupt von dem Cörper schlagen, daß ein Wagen-Raad zwischend dem Haupt und dem Cörper hindurch gehen möge (oder mit dem Strang an einen Balcken so hoch binden, daß Laub und Gras unter seinen Füssen wachsen möge, oder auf einer Hurd lebendig zu Aschen verbrennen, oder mit dem Raad von unden herauf mit so vil und so vil Stössen seine Bein und Armb zerbrechen, und darnach den Hertzstoß geben, oder lebendig auf das Raad flechten, oder wie die Beschaffenheit der Missethat die Straff erforderet) und also vom Leben zum Tod hinrichten, wormit er dann gebüßt, und dem zeitlichen Gericht und Rechten genug gethan haben solle.

Herr Landvogt.

Alsdann haltet der Herr Landvogt die Umfrag von einem Richter zu dem anderen bey seinem Eyd.

Maleficanten Fürsprech.

Auf dises trittet deß Maleficanten Fürsprech widerum herfür, und bittet um Milderung der Straff.

Und so der Herr Landvogt einige Milderung ertheilen will, unterredet er sich kürtzlich mit den Herren Amts-Leuthen, da der Herr Landschreiber, oder Herr Unterschreiber die ergangene Urthel, oder Milderung in die Feder fasset.

Herr Landvogt.

Wo ist der Scharpffrichter?

Welcher sich einstellet, dem der Herr Landvogt dan befilcht auf die Urthel, die man ihme vorlesen werde, wohl aufzumercken, und derselben Statt zuthun.

Herr Landschr.

Beliset die ergangene Urthel.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß Klägers Fürsprech, was euch ferner recht duncke?

Klägers Fürsprech.

Ich erkenne auf meinen Eyd, daß, wann der arme Mensch etwas Guths hinder ihme verlassen, selbiges sein Guth der Hohen Oberkeit verfallen, nnd heimgekennt seyn solle. Und wo jemand seinen Tod rächen oder äferen wollte, mit Worten oder mit Wercken, der nnd dieselben in gleichen Hulden und Banden stehen sollen, wie diser arme Mensch dißmahlen stehet.

Herr Untervogt.

Haltet die Umfrag von einem Richter zu dem anderen, welche alle der Urthel folgen.

Herr Landvogt.

Ich frage euch, deß Klägers Fürsprech an, weilen nnn der Gerechtigkeit, durch Urthel ein Genügen geschehen, ob ich nicht widerum von dem Gericht aufstehen möge?

Klägers Fürsprech.

Herr Landvogt! weilen heutigen Tags der Gerechtigkeit, durch Urthel ein Genügen geschehen, so erkenne ich, daß Ihr genng gethan, und wohl wiederum aufstehen mögend.

Alsdann stehet Herr Landvogt, die Herren Amts-Leuth und die Richter anf, und gehen widerum in das Schloß.

N. B. Der Herr Untervogt vertrittet die Stell eines Reichs-Vogts, und wohnet der Execution bey, raportirt auch nach der Execution den Verlauff.

Entscheidungen in Strafsachen. — Jurisprudence pénale.

Kantonale Gerichte. — Tribunaux cantonaux.

Entscheidungen
des
Kassationsgerichtes des Kantons Zürich.

Mitgeteilt von Prof. Dr. *Zürcher* in Zürich.

1. Urteil vom 15. März 1897

in Sachen

des *Dr. med. Rudolf Meyer*, von Zürich, geb. 1844, verheiratet, Vater eines Kindes, Arzt, wohnhaft in Zürich IV, Angeklagten und Kassationsklägers, verbeiständet durch Advokat Dr. Meili,

gegen

die Staatsanwaltschaft, vertreten durch a. o. Staatsanwalt Merkli in Pfäffikon, Anklägerin und Kassationsbeklagte,

betreffend

Erregung öffentlichen Ärgernisses,
Nichtigkeitsbeschwerde über ein Urteil der Appellationskammer des Obergerichtes vom 29. Dezember 1896.

A. Thatsachen:

1. Mit Eingabe vom 20. November 1896 erhob die Bezirksanwaltschaft gegen den heutigen Kassationskläger folgende Anklage:

Der Angeklagte hat an nachstehend genannten Personen, während sie im Hause Nr. 10 an der Lintheschergasse, Zürich I, in seiner ärztlichen Behandlnng stunden, nachfolgend erwähnte Handlungen begangen, um einen Geschlechtstrieb dieser Personen anzuregen und seine Wollust und Geilheit zu befriedigen:

1. an der M. W., im Herbst 1887: Das wiederholte Einführen eines Fingers in deren Geschlechtsteile, ihr Umarmen, das wiederholte Hinführen ihrer Hand nach seinem Geschlechtsteil und zwar einmal durch seine geöffneten Hosen;
2. an der M. S., im November 1887: Das Betasten ihrer Brüste, das mehrmalige Einführen eines Fingers in ihre Geschlechtsteile, das mehrmalige Einführen seiner Zunge in ihren Mund und das Bewegen derselben an ihrer Zungenspitze, und das einmalige Hinführen ihrer Hand durch seine geöffneten Hosen an seinen Geschlechtsteil;
3. an der A. E., im Juli 1888: Das Einführen seiner Zunge in ihren Mund, das Einführen eines Fingers in ihre Geschlechtsteile und das Hinführen ihrer Hand durch seine geöffneten Hosen an seinen Geschlechtsteil;
4. an der M. St., im Frühjahr 1888: Das wiederholte Einführen seiner Zunge in ihren Mund, das Bewegen derselben an ihrer Zungenspitze und das Betasten ihrer Geschlechtsteile;
5. an der E. W., im Frühjahr 1888: Das Einführen eines Fingers in ihre Geschlechtsteile und das Bekitzeln derselben, das mehrmalige Einführen seiner Zunge in ihren Mund und das Bekitzeln ihrer Zungenspitze, das Hinführen ihrer Hand nach seinem Geschlechtsteil und ihr Umarmen und Herandrücken an seinen Körper;
6. an der Frau E. J., im Januar und Februar 1896: Das mehrmalige Heranbringen seiner Lippen an die ihrigen und das Bewegen seiner Lippen in dieser Berührung, das Vorstrecken seiner Zunge an ihre Lippen und das Bekitzeln derselben;
7. an der A. P., im Frühjahr 1894: Das mehrmalige Einführen seiner Zunge in ihren Mund und das Bekitzeln ihrer Zunge mit der seinigen, das Hinziehen der genannten Patientin auf seine Kniee;
8. an der A. V., am 11. Juni 1895: Das Einführen seiner Zunge in ihren Mund und das Bekitzeln ihrer Zunge mit der seinigen, sowie das Einführen seines Fingers in ihre Geschlechtsteile;
9. an der M. W., im Herbst 1895: Das mehrmalige Bestreichen und Anfassen ihrer Brüste mit seiner Hand;
10. an der inzwischen verstorbenen J. G., im Frühjahr und Sommer 1896: Das Einführen eines Fingers in ihre Geschlechtsteile und das Betasten derselben.

Dadurch hat sich Dr. Rudolf Meyer wiederholt der Erregung öffentlichen Ärgernisses im Sinne des § 123 des Strafgesetzbuches schuldig gemacht.

2. Das Bezirksgericht Zürich, I. Abteilung, hat unterm 7. Dezember 1896 erkannt:

1. Der Angeklagte ist der wiederholten Erregung öffentlichen Ärgernisses schuldig.
2. Derselbe wird zu einer Arbeitshausstrafe von acht Monaten, sowie zu einer Busse von Fr. 5000 verurteilt.

3. Dem Angeklagten wird auf die Dauer von fünf Jahren untersagt, den Beruf eines Arztes auszuüben.
4. Die Staatsgebühr wird auf Fr. 100 festgesetzt.
5. Der Angeklagte hat die Kosten zu bezahlen.
6. Mit ihren Entschädigungsforderungen werden die Damnifikaten auf den Civilweg verwiesen.
7. Der Angeklagte hat die Damnifikaten (Erben G. und Frau R.) prozessualisch für Umtriebe mit Fr. 862. 95 Rp. zu entschädigen.

Gegen dieses Urteil legte der Angeklagte sofort nach dessen Eröffnung die Berufung ein.

Die Staatsanwaltschaft erklärte mit Eingabe vom 19. Dezember 1896 (Act. 243) rechtzeitig die Appellation bezüglich des Anklagepunktes 1, und die Damnifikaten appellierten mit Telegramm vom 9. Dezember 1896 (Act. 240) bezüglich des Civilpunktes.

Das Obergericht erkannte:

1. Der Angeklagte ist der wiederholten Erregung öffentlichen Ärgernisses schuldig.
2. Er wird verurteilt zu acht Monaten Arbeitshaus, abzüglich zwei Wochen erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitsverhaftes, sowie zu Fr. 5000 Geldbusse; ferner wird ihm das Recht, den Beruf eines Arztes zu treiben, für die Dauer von fünf Jahren, nach Erstehung der Freiheitsstrafe, entzogen, unter der Androhung der Überweisung an den Strafrichter im Falle Ungehorsams.
3. Die Staatsgebühr für die zweite Instanz wird auf Fr. 100 festgesetzt.
4. Die Kosten beider Instanzen werden dem Angeklagten auferlegt.
5. Der Angeklagte hat die Damnifikaten, Erben G., für die erste Instanz mit Fr. 862. 95 Rp. und für die zweite Instanz mit Fr. 120 prozessualisch zu entschädigen.

Im übrigen werden die Schadensersatz- und Genugthuungsansprüche der Damnifikaten G. auf den Civilweg verwiesen.

3. Mit Eingabe vom 31. Dezember 1896 erhob der Verurteilte Kassationsbeschwerde, gestützt auf § 1091, Nr. 4, 5, 6, des Gesetzes betreffend die Rechtspflege.[1]) — Als verletztes materielles Recht werden bezeichnet die §§ 1, 52, 123 des Strafgesetzbuches. Die Beschwerde über Verletzung wesentlicher Prozessformen und wesentlicher Rechte der Verteidigung bezieht sich teils auf das Untersuchungsverfahren, teils auf

[1]) Der angerufene Paragraph lautet:

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist *zulässig* wegen:

1. Inkompetenz des Gerichtes (mit Vorbehalt von § 921, Satz 2);
2. ungehöriger Besetzung des Gerichtes;
3. Mitwirkung einer unfähigen oder abgelehnten Justizperson;
4. wesentlicher Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigung;
5. Verletzung gesetzlicher Prozessformen, wenn sich mit Wahrscheinlichkeit ergiebt, dass dieselbe auf das Schulderkenntnis einen nachteiligen Einfluss gehabt hat;
6. Verletzung materieller Gesetzesvorschriften.

das Verfahren vor dem urteilenden Richter. Schliesslich beantragt der Verteidiger des Angeklagten, dass die Kassationsbeschwerde gutgeheissen und der Angeklagte freigesprochen, und dass auf alle Fälle in das Urteil eine Bestimmung aufgenommen werde, wie dem Angeklagten der bisherige und der zukünftige Sicherheitsverhaft anzurechnen sei.

Der Beschwerdeschrift ist eine Reihe von Gutachten und Bemerkungen medizinischer und juristischer Autoritäten beigeschlossen worden.

Die Staatsanwaltschaft trägt auf Abweisung der Beschwerde an.

Der Vertreter der Geschädigten erklärte, bezüglich des Civilpunktes auf das Wort zu verzichten.

B. Gründe:

1. Wie das Kassationsgericht in seiner Entscheidung vom 24. Juni 1895 in Sachen Bolliger[1]) festgestellt hat, kann einem Kassationsbegehren gegenüber einem Strafurteil insoweit keine Folge gegeben werden, als sich das Begehren auf Mängel in der von der Bezirksanwaltschaft geführten Untersuchung stützt. Das Verfahren und die Verfügungen der Statthalterämter als Untersuchungs- und Anklagebehörden sind gemäss §§ 1090, 72, 77 des Gesetzes über die Rechtspflege unter die ausschliessliche Aufsicht der Staatsanwaltschaft und des Regierungsrates gestellt, an diese Oberbehörden sind Beschwerden und Gesuche zu richten; das Kassationsgericht kann nach § 1090 nur angerufen werden wegen Nichtigkeitsgründen, die dem Urteil oder dem Verfahren eines Gerichtes, im vorliegenden Falle der Appellationskammer des Obergerichtes, anhaften. Was in jenem Entscheide über die Bedeutung des Beschlusses der Anklagekammer gesagt ist, ist in gleicher Weise von der Zulassungsverfügung des Bezirksgerichtspräsidenten zu sagen, da auch gegen diesen Entscheid eine Beschwerde möglich ist. (§§ 998, 999, 1070, Ziff. 3, des Rechtspflegegesetzes, dazu Sträuli, Kommentar Nr. 3 zu § 1070.) Ebenso ist auch in diesem Falle darauf hinzuweisen, dass nach § 1097 in dem Falle, dass ein Urteil wegen eines der angerufenen Nichtigkeitsgründe des § 1091, Ziff. 4 und 5, aufgehoben wird, die Sache zurückgeht an das Gericht, das das nichtige Urteil gefällt hat, um mit oder ohne Wiederholung des Verfahrens ein neues Urteil auszufällen, nachdem der Mangel verbessert worden. Nun fehlt es aber nicht bloss an einem Antrage, in welcher Weise die Vorinstanz den Mangel heben könnte, Kassationskläger erklärt gegenteils die Mängel als unheilbare. Somit sollte, nach der Ansicht des Kassationsklägers, wegen dieser Mängel die Vorinstanz ein freisprechendes Urteil erlassen, das wiederum nach § 1091, Ziff. 4, jedenfalls aber nach Ziffer 5, nichtig wäre. Es widerspricht aber durchaus dem Grundsatze der freien Beweiswürdigung, eine Freisprechung bei formellen Mängeln in der Beweiserhebung durch die Untersuchungsbehörde zu fordern, es müsste vielmehr dem Gerichte, das findet, dass durch diese Mängel die Beweiskraft der Zeugenaussagen geschwächt oder aufgehoben sei, freigestellt sein, die Zeugen vor Gericht einzuvernehmen (§ 898, Abs. 3). Nun hat einerseits der Vorderrichter bei der ihm zustehenden Beweiswürdigung nicht gefunden, dass durch die gerügten Mängel, deren Vorhandensein hier nicht weiter geprüft zu werden braucht, die Beweis-

[1]) Abgedruckt in dieser Zeitschrift, Bd. IX (1896), S. 147.

kraft aufgehoben sei, und anderseits wollte und will die Partei von den ihr nach § 898, Abs. 1 und 2, zustehenden Rechten keinen Gebrauch machen.

2. Der Kassationskläger beschwert sich ferner darüber, dass die Appellationskammer des Obergerichts die von ihm gestellten Aktenvervollständigungsgesuche verworfen und damit wesentliche Rechte der Verteidigung verletzt habe (§ 1091, Ziff. 4). Der in der Kassationsbeschwerde gestellte Antrag, das angefochtene Urteil aufzuheben, darf nun ohne weiteres dahin ergänzt werden, dass im Falle der Zulassung dieses Nichtigkeitsgrundes die Akten der Vorinstanz zurückzusenden seien, mit dem Auftrage, nach Vervollständigung der Akten in den beantragten Richtungen ein neues Urteil zu fällen. Es ist daher zu untersuchen, ob in der That durch die Ablehnung der Begehren des Kassationsklägers wesentliche Rechte der Verteidigung verletzt worden seien. Die gestellten Aktenvervollständigungsbegehren gehen nun nach drei Richtungen:

a. Es wurde die Erhebung eines gerichtsärztlichen Gutachtens beantragt über die Notwendigkeit der vom Angeklagten an den Patienten zugestandenermassen vorgenommenen Untersuchungshandlungen.

b. Dasselbe gerichtsärztliche Gutachten sollte sich über eine Reihe von Behauptungen des Angeklagten aussprechen, aus denen die Unglaubwürdigkeit der Zeugen und die Unmöglichkeit ihrer Behauptungen sich ergebe.

c. In der gleichen Richtung der Entkräftung der Zeugenaussagen und weitern Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils gingen die Anträge auf Abhörung von Zeugen über die Stellung der A. E. in vorliegender Untersuchung, über die Wirkung des Kokains, darüber, dass andere Patientinnen von dem Angeklagten nicht unsittlich betastet worden seien, ferner auf Einvernahme einer Frau Sch. und auf Erhebungen über die erbliche Belastung der verstorbenen Frl. G.

3. Was nun zunächst das *gerichtsärztliche Gutachten* über die übliche und notwendige Ausdehnung laryngoskopischer *Untersuchungen* anbetrifft, so sollte durch dasselbe festgestellt werden, dass die Erforschung der Ursachen von Krankheiten der Nase oft eine Untersuchung des Unterleibs und der (weiblichen) Geschlechtsteile, eine Untersuchung der Atmungsorgane, eine Besichtigung des ganzen Körpers auf Drüsenanschwellungen und eine Annäherung von Aug und Nase an Mund und Nase der Patientin erfordern. Nun ist aber weder die blosse Thatsache der Vornahme genannter Untersuchungen mit oder ohne vorgängige Einwilligung der Kranken zum Gegenstand der Anklage gemacht worden, noch stützt sich das Urteil der Vorinstanz auf solche Thatsachen. Gegenteils wird die Möglichkeit, dass solche Untersuchungen notwendige sein können, eingeräumt und deshalb die Erhebung eines Sachverständigengutachtens als unnötig abgelehnt. Gegenstand der Anklage und Grundlage der Verurteilung sind vielmehr nur solche Handlungen gewesen, welche durch die Art ihrer Vornahme und die Verbindung mit andern Handlungen die Annahme des Untersuchungszweckes ausschlossen oder wenigstens in den Hintergrund drängten und auf die Absicht geschlechtlicher Erregung schliessen lassen. Mit Bezug auf die ebenfalls Gegen-

stand der Anklage bildenden Zungenberührungen wird vom Angeklagten die Thatsache selber bestritten, und nicht etwa behauptet, dass auch diese zum Zwecke einer ärztlichen Untersuchung hätten dienen können, wie es denn auch dem Nichtfachmanne einleuchten muss, dass die Geschmacksprobe, von der in den ärztlichen Gutachten, welche von der Verteidigung erhoben worden, wiederholt die Rede ist, in passenderer Weise hätte vorgenommen werden können. In der Ablehnung der Erhebung eines gerichtsärztlichen Gutachtens in der eingangs bemerkten Richtung kann somit keine Beeinträchtigung wesentlicher Rechte der Verteidigung gefunden werden.

4. Die Erhebung eines Sachverständigengutachtens über die *Glaubwürdigkeit* der *Zeugen* betreffend ist festzustellen, dass nach dem unsern Strafprozess beherrschenden Grundsatze der freien Beweiswürdigung die Prüfung sowohl des Beweismittels als des Beweisgrundes Sache des Richters ist. Er kann und soll dazu verwenden das gesamte Material seines amtlichen und privaten Wissens, insbesondere die allgemeinen und speciellen Erfahrungsthatsachen, die er sich durch seine Vorbildung, seine Berufs- und Lebenserfahrung angeeignet hat. Diese Beweiswürdigung in die Hand von Sachverständigen ausserhalb des Gerichtes zu legen, wäre eine so grosse Pflichtverletzung des Richters, dass von einem Rechte der Verteidigung auf eine solche Anordnung von vornherein nicht die Rede sein kann. § 841, auf den sich die Verteidigung beruft, hat nach seinem Wortlaute nur die Untersuchung von Gegenständen (vergl. auch §§ 845 ff.) im Auge, andere Gesetzesstellen dehnen die Vorschrift auf die Untersuchung des Körpers des Angeklagten (§ 855) und des Geschädigten (§ 856 u. a.) aus, sowie des Geisteszustandes des Angeklagten (§ 886); von einer irrenärztlichen Untersuchung der Zeugen spricht das Gesetz nicht, offenbar weil es den dazu notwendigen Untersuchungszwang gegenüber Zeugen ausschliessen wollte. Soweit nicht positive Vorschriften des Gesetzes den Richter binden, ist es in sein Ermessen gelegt, ob er den zu erhebenden Thatbestand (das Beweisthema) für schlüssig und sein Wissen für dessen Beurteilung als hinreichend hält. Auch in freiester Auslegung des Gesetzes könnte das Kassationsgericht nicht weiter gehen, als zu untersuchen, ob der Richter für die Würdigung des Beweismaterials erhebliche Erfahrungsthatsachen aus Unkenntnis vernachlässigt oder verneint habe, während die Möglichkeit vorlag, diese Erfahrungsthatsachen durch gerichtsärztliches Gutachten festzustellen.

Das gerichtsärztliche Gutachten, wie es von der Verteidigung beantragt worden war, sollte also erstens die Unzuverlässigkeit des Beweismittels, d. h. der als Zeuginnen auftretenden Geschädigten darthun, und zwar indem dargethan würde, dass diese Zeuginnen hysterisch und deshalb, wie auch unter dem Einflusse der suggestiven Wirkung der allgemeinen Empörung über den Fall Gamser, sich in der Auffassung des Erlebten getäuscht, beziehungsweise sich durchaus falsche Erinnerungsbilder vorgespiegelt. Auch sollte festgestellt werden, dass in so langer Zeit das Erinnerungsvermögen sich auslösche. Nun waren es doch gewiss Untersuchungsbeamte und Richter, welche zuerst die Beobachtung von Fehlerquellen in den Aussagen der Zeugen gemacht haben, und dieses stets sich mehrende Erfahrungsmaterial ist durch die Litteratur über

Strafprozess und Untersuchungskunde, die Überlieferung und die täglich neue Erfahrung so sehr Gemeingut der gebildeten Richter geworden, dass auch ohne gerichtsärztliche Expertise der Richter mit diesen Möglichkeiten rechnen wird. Auch in der Begründung des obergerichtlichen Urteils wird diese Möglichkeit — und etwas weiteres würde auch der gewissenhafte Gerichtsarzt nicht feststellen können — keineswegs in Abrede gestellt. Dagegen wird angenommen, dass diese störenden Ursachen nicht vorhanden gewesen oder wenigstens nicht in erheblichem Masse störend eingewirkt, weil die Gewähr für die innere Wahrheit der Aussagen in ihrer Übereinstimmung untereinander und mit den Aussagen der unbeteiligten Zeugin K. liege. Es wird dazu noch angeführt das nur durch ein gewisses Schuldbewusstsein des Angeklagten erklärliche Benehmen in der Angelegenheit S., dessen Eindruck durch das spätere Nachgeben, um das Familienglück des Angeklagten zu schonen, nicht entkräftet wird. Dazu kommt die Thatsache, dass auch von anderer Seite freundliche Ermahnungen an den Angeklagten gerichtet wurden (Haffter, Act. 16, 17, 22, 23). Wenn aus diesen Gründen der Richter dazu gekommen ist, zu erklären, dass auch durch ein gerichtsärztliches Gutachten seine Ansicht über den Wert der Zeugenaussagen nicht erschüttert würde, und dass weder die übrigens schon aktenmässig erhobene Thatsache, dass Frl. S. einmal an Sinnestäuschungen litt, noch die Feststellung hereditärer Belastung und der Möglichkeit von Kokainvergiftung bei Frl. G. seine aus den Akten geschöpfte Überzeugung von der Richtigkeit der Anklage mit Bezug auf diese Fälle zum Wanken gebracht hätte, so hat sich der Richter durchaus in den Schranken der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung gehalten und durch die Abweisung des Gesuches kein Recht der Verteidigung verletzt.

Noch viel weniger fraglich ist es, dass der Richter mit Recht die Einholung eines Gutachtens darüber abgelehnt, es seien die von den Zeuginnen erzählten Handlungen an sich unmöglich oder doch wenigstens unter vorliegenden Umständen höchst unwahrscheinlich. Dass die Untersuchung von Mund und Nase, sie möge so oder so vor sich gehen, die Möglichkeit, sei es vorgängiger, sei es nachfolgender, unzüchtiger Handlungen des Arztes nicht ausschliesst, ist in den Erwägungen des angefochtenen Urteils hinreichend ausgeführt. Wenn sodann in diesen Erwägungen bemerkt wird, dass allerdings die Zungenbewegungen auf krankhafte Verirrungen des Geschlechtstriebes hindeuten, aber nicht auf einen so hohen Grad, dass sie nicht bei einem sonst völlig geistesgesunden Menschen vorkommen könnten, so ist auch das eine Betrachtung, die der Richter auf Grund der ihm zugänglichen Erfahrungsthatsachen anstellen durfte. Indessen hätte er nicht einmal so weit zu gehen gebraucht, der Zungenkuss ist schon von römischen erotischen Schriftstellern als ein Mittel der Erregung und Steigerung des geschlechtlichen Lustgefühls geschildert worden. Dass aber in diesen Dingen weder die Furcht vor Ansteckung noch andere ästhetische Momente den erregbaren und erregten Menschen zurückzuhalten vermögen, ist eine so allgemein bekannte Erfahrungsthatsache, dass kein gerichtsärztliches Gutachten daran rütteln könnte.

Endlich ist auch von der Vorinstanz mit guten Gründen die Erhebung eines Schriftgutachtens verweigert worden. Der Gesetzgeber, der

§ 848 verfasst, dachte unzweifelhaft nur an die Untersuchung der Echtheit von Urkunden, und wenn seither die Schriftexperten auch so weit gelangt sind, aus verschiedenen Schriftproben derselben Person auf deren körperlichen oder geistigen Zustand, wie Übermüdung, Aufregung u. s. f., zur Zeit der Abfassung zu schliessen, so wäre damit doch nur der Nachweis zu erbringen, dass sich Frl. G. zur Zeit der Niederschrift ihrer letzten Zeilen in einem Zustande hochgradiger Erregung befunden, woran kein Mensch zweifeln wird. Ob aber diese Erregung von Kokainvergiftung oder aus andern seelischen Vorgängen herrührte, wird kein gewissenhafter Sachverständiger feststellen können.

5. Die weitern Aktenvervollständigungsbegehren, über deren Ablehnung die Verteidigung sich beschwert, betrafen

a. Die Einvernahme der Frau Sch. darüber, dass sie die verstorbene Frl. G. öfter im Wartezimmer des Dr. Meyer gesehen und gesprochen und dass sich Frl. G. nie über letztern beklagt;

b. Die Einvernahme einer Reihe von Zeuginnen darüber, dass sie in Behandlung des Angeklagten gestanden, aber nie in unzüchtiger Weise von ihm berührt worden seien.

Die Vorinstanz hat mit Recht die Nichtschlüssigkeit dieser Beweissätze angenommen;

c. Die A. E. soll durch ihre Einvernahme bestätigen, dass sie, von tödlichem Hasse gegen Dr. Meyer erfüllt, die Zuträgerin des Bezirksanwaltes gewesen sei. Diese Thatsachen sind in den Erwägungen des angefochtenen Urteils erwähnt, es sind aber zugleich die Gründe entwickelt, aus denen dennoch ihren Aussagen Glauben beigemessen werden kann.

Endlich war ein Zeuge angerufen über die selbsterlebten Wirkungen des Kokains. Darauf ist dasselbe zu entgegnen, was mit Bezug auf das verlangte gerichtsärztliche Gutachten bemerkt worden ist.

Somit liegt auch in der Ablehnung dieses weitern Aktenvervollständigungsbegehrens keine Verletzung wesentlicher Rechte der Verteidigung.

6. Als Nichtigkeitsgrund wird insbesondere auch angerufen die Verletzung materiellen Rechtes (§ 1091, Ziff. 6). Als verletzt werden bezeichnet die §§ 123 und 1 des Strafgesetzbuches, eines der eingelegten Rechtsgutachten bezeichnet auch die Vorschrift des § 32 daselbst als verletzt. Das angefochtene Urteil hat den eingeklagten Thatbestand unter § 123 des Strafgesetzbuches gebracht; findet derselbe auf den vorliegenden Fall keine Anwendung, so ist das Urteil aufzuheben, und es wird, sofern das Kassationsgericht keine andere Strafbestimmung des Gesetzes anwendbar findet, der Angeklagte gemäss § 1, wonach eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt ist, freizusprechen sein. Ist dagegen § 123 im vorliegenden Falle anwendbar, so kann von einer Verletzung des § 1 nicht die Rede sein. Ein Urteil aber, das — wenn auch mit Unrecht — eine Strafe gestützt auf irgend eine Strafbestimmung des Strafgesetzbuches ausspricht, kann nur gegen jene Strafbestimmung verstossen, nicht aber gegen § 1 des Strafgesetzbuches.

Ähnlich verhält es sich mit der im Gutachten behaupteten Verletzung von § 32 des Strafgesetzbuches,[1]) wie sich das aus der nachfolgenden Untersuchung über die Anwendbarkeit des § 123 des Strafgesetzbuches ergeben wird.

7. Die Anwendung des § 123 des Strafgesetzbuches auf die Thatbestände der Anklage gegen den Kassationskläger beruht nach den Erwägungen des obergerichtlichen Urteils mit Herbeiziehung der erstinstanzlichen Erwägungen, die von der Appellationskammer aufgenommen worden sind, auf folgenden Betrachtungen: Die Gerichte haben seit dem Erlass des Strafgesetzbuches stetsfort nicht bloss öffentlich vorgenommene, zu Ärgernis Veranlassung gebende, sondern auch solche Handlungen unter § 123 subsumiert, welche mehr oder weniger geheim geschehen sind, jedoch eine so grelle Übertretung der Sittengesetze enthalten, dass das blosse Ruchbarwerden das sittliche Gefühl empört. Die eingeklagten Handlungen sind unzüchtige; ihr Ruchbarwerden war geeignet, das sittliche Gefühl zu empören; in welcher Weise aber das Ruchbarwerden herbeigeführt wurde, ist für die Anklage unwesentlich, weshalb denn auch auf weitere Feststellungen nach dieser Richtung in den Erwägungen nicht eingetreten wurde.

Der Kassationskläger wandte dagegen ein, indem er die eingelegten Gutachten zum Bestandteile seiner Ausführungen machte:

a. Die Anwendung der in Frage stehenden Strafbestimmung des § 123 setzt öffentliche Begehung der unzüchtigen Handlungen voraus. Die eingeklagten Handlungen sind ausnahmslos in der Stille und Abgeschlossenheit des Untersuchungszimmers des Arztes geschehen.

b. Die Erregung öffentlichen Ärgernisses ist ein Erfolgsdelikt, dessen Erfolg eben in dieser Erregung öffentlichen Ärgernisses besteht. Der Erfolg muss *durch die Handlung* des Thäters herbeigeführt sein, im Kausalzusammenhang mit derselben sich befinden. Nun ist aber, sofern wirklich weitere Personen als die Geschädigten Ärgernis genommen, dies nur deshalb möglich geworden, weil die Geschädigten dritten Personen Mitteilung gemacht oder aus den Erhebungen der Untersuchungsbehörde etwas ins Publikum gedrungen. Durch das bewusste freie Handeln dritter wird aber der Kausalzusammenhang unterbrochen, der Thäter kann nicht verantwortlich gemacht werden für einen Erfolg, den der von ihm unabhängige Willen eines Dritten herbeigeführt.

c. Das Verbrechen der Erregung öffentlichen Ärgernisses ist, gemäss § 32 des Strafgesetzbuches, als ein vorsätzliches zu betrachten. Im vorliegenden Falle fehlt es durchaus am Nachweise des Vorsatzes, so sehr, dass es sich gegenteils aus allem ergiebt, es habe der Thäter sein möglichstes gethan, um zu verhindern, dass seine Handlungsweise in die Öffentlichkeit dringe.

---

[1]) „Die in diesem Gesetzbuch festgesetzten Strafen sind nur auf Handlungen anzuwenden, welche vorsätzlich begangen worden sind.“ Dazu § 33: Fahrlässige Handlungen dürfen nur dann bestraft werden, wenn dieses ausdrücklich vorgeschrieben ist.

8. Die erhobenen Einwendungen beziehen sich mehr auf die Auslegung des § 123, erster Satz, als auf die rechtliche Würdigung, welche die Vorinstanz dem von ihr als erwiesen angenommenen Thatbestande angedeihen liess. Es muss daher vor allem der Sinn des fraglichen Rechtssatzes hier festgestellt werden.

In dieser Hinsicht muss zugegeben werden, dass der einzig in Betracht fallende erste Teil von § 123, wodurch mit Strafe bedroht ist, wer „durch unsittliche Handlungen öffentliches Ärgernis erregt", unbestimmt und unklar lautet. Bevor man an seine Interpretation herantritt, ist es daher notwendig, seine Entstehungsgeschichte zu kennen.

Im Strafgesetzbuch vom Jahre 1835 ist in § 142 mit Strafe bedroht, wer „unzüchtige Handlungen irgend einer Art auf eine öffentliches Ärgernis erregende Weise verübt". Ausserdem enthält § 138 eine besondere Strafbestimmung gegen Päderastie. Schon unter der Herrschaft dieses Gesetzes wurden aber gestützt auf den genannten § 142 auch solche unsittliche Handlungen bestraft, die zwar nicht öffentlich geschehen waren, aber eine so grelle Übertretung der Sittengesetze enthielten, dass, wie sich die bezüglichen Urteile ausdrücken, schon das blosse Ruchbarwerden das sittliche Gefühl empört. Als dann im Jahre 1867 der Entwurf zum neuen Strafgesetzbuch durch eine aus 15 hervorragenden Juristen zusammengesetzte Kommission vorberaten wurde, machte Herr Honegger in der ersten Beratung auf diese Praxis aufmerksam, worauf die Kommission einstimmig erklärte, dass sie dieselbe für richtig halte. Die fragliche Bestimmung wurde dann redigiert: „Wer unzüchtige Handlungen auf eine öffentliches Ärgernis erregende Weise u. s. f." In der zweiten Beratung wurde diese Fassung abgeändert. Die Bestimmung lautete nun: „Wer anderweitige unzüchtige Handlungen auf eine das sittliche Gefühl empörende oder öffentliches Ärgernis erregende Weise verübt u. s. f." Gleichzeitig wurde die besondere Bestimmung gegen Päderastie gestrichen, in der Meinung, dass dieses Vergehen in Zukunft unter den neuen § 112 (jetzt § 123) falle. Im Kantonsrat erhielt diese Gesetzesstelle sodann die heutige Fassung.

Diese Entstehung des Gesetzes beweist zunächst, dass im Gegensatz zur deutschen Gesetzgebung eine Beschränkung des Vergehens der Erregung öffentlichen Ärgernisses auf die öffentlich, d. h. mit dem Bewusstsein der Öffentlichkeit vorgenommenen unsittlichen Handlungen der Absicht des zürcherischen Gesetzgebers widerspricht. Eine Interpretation des Gesetzes in diesem Sinne dürfte daher nur dann stattfinden, wenn sein Wortlaut jede andere Interpretation absolut ausschlösse. Das ist jedoch nicht der Fall, ja es giebt sogar zwei andere durchaus mögliche Interpretationen, von denen die eine mehr den Intentionen der bestellten Expertenkommission und wohl auch des zürcherischen Volkes entspricht und zugleich vom gesetzgeberischen Standpunkte aus den Vorzug verdient, weil sie mehr auf den Charakter der Handlung als auf den Erfolg abstellt, die andere dagegen sich besser an den Wortlaut anschmiegt, die aber beide zu einer Bestrafung des Angeklagten führen, so dass es nicht notwendig ist, einen Entscheid darüber zu fällen, welche als die wirkliche Meinung des Gesetzes anzusehen ist.

9. Der Begriff „Ärgernis" hat sowohl eine subjektive als eine objektive Seite. Der moderne Sprachgebrauch ebenso wie die deutsche

Rechtswissenschaft weisen mehr auf die erstere hin, das „sich ärgern“, die Reaktion gegen das Unlustgefühl, das aus der Verletzung sittlicher Anschauungen entspringt. Allein der Ausdruck stammt aus der christlichen Ethik, und zwar aus der Bibelübersetzung, und dort wiegt seine objektive Seite vor. Ärgernis bedeutet dort den Austoss, der den sittlichen Fall herbeiführen kann, also die Gefährdung der Sittlichkeit durch das böse Beispiel. Wie sehr dies richtig ist, und wie sehr diese Seite des Begriffs im Rechte von Bedeutung geblieben ist, beweist gerade die deutsche Gerichtspraxis, die Ärgernis selbst da annimmt, wo die Zeugen der That keine sittliche Empörung empfunden haben, aber solche nach dem Urteile moralisch gesunder und entwickelter Menschen hätten empfinden sollen.[1]) Ärgernis erregt somit jede unsittliche Handlung, die auf diese oder jene Weise andern, auf welche sie durch das böse Beispiel schädlich einwirken kann, zur Kenntnis kommt. Gleichgültig für den Begriff der Erregung von Ärgernis ist dagegen, ob diese Kenntnis sich auf ein grösseres Publikum ausdehne oder auf eine einzelne Person beschränkt bleibe. Wenn daher in der fraglichen Gesetzesstelle das Adjektiv „öffentliches“ mangelte, wäre jede unsittliche Handlung strafbar, die zur Kenntnis einer Person gelangt, die sich nicht aktiv dabei beteiligt hat, aber durch das böse Beispiel gefährdet werden könnte. Solche Personen wären im vorliegenden Falle die Frauen und Mädchen, an denen Dr. Meyer gegen ihren Willen unzüchtige Handlungen begangen hat. Bei dieser Fassung des Gesetzes bestände jedoch die Gefahr, dass hie und da auch geringfügige Unsittlichkeiten, die vielleicht nicht einmal allgemein als solche empfunden werden, zur Bestrafung gezogen werden müssten. Es lag daher nahe, einen Ausdruck zu finden, durch den nur solche Fälle zur Strafe gebracht werden, bei denen das Ärgernis eine grössere Bedeutung für die Allgemeinheit erlangt, weil die sittliche Gefahr, die durch das in ihnen liegende böse Beispiel geschaffen wird, eine grössere und allgemeinere ist. Die erste mögliche Interpretation der fraglichen Gesetzesstelle ist nun eben die, dass diese Einschränkung mit der Beifügung des Beiworts „öffentliches“ zu erreichen versucht wurde, dass also der Gesetzgeber damit sagen wollte, nur solche unsittliche Handlungen seien strafbar, durch welche eine allgemeine Entrüstung des sittlichen Gefühls und der öffentlichen Meinung hervorgerufen werde. Das Adjektiv „öffentliches“ würde dann eine blosse Verstärkung des Begriffs „Ärgernis“ bedeuten, wodurch das Vergehen der „Erregung öffentlichen Ärgernisses“ auf die krassen, nicht bloss einzelne Menschen, sondern die ganze öffentliche Meinung sittlich empörenden Fälle eingeschränkt wäre. Das Beiwort „öffentliches“ wäre ja auch ein Pleonasmus, wenn damit nur gesagt werden sollte, dass die unsittlichen Handlungen überhaupt Dritten zur Kenntnis gelangen müssen. Allerdings ist gedenkbar, dass der Gesetzgeber damit aussprechen wollte, dass die unsittlichen Handlungen einer grössern Zahl von Personen, der „Öffentlichkeit“, zur Kenntnis gelangen müssen, und das ist die zweite mögliche Interpretation. Allein dieselbe ist keineswegs zweifellos der erstern vorzuziehen. Es mag sein, dass diese, wenn man bloss den Wortlaut ins Auge fasst, eine gewagte ist;

[1]) Vgl. Scholl, das Ärgernis im deutschen Strafrecht. Zeitschrift für gesamte Strafrechtswissenschaft XIII, S. 279 ff., insbesondere S. 291.

aber die Redaktion unserer Gesetze ist leider hie und da mangelhaft, und Fehler in der Handhabung der Sprache sind keineswegs selten, so dass man, um dieselben richtig zu interpretieren, oft auf die Beratungen zurückgehen und daraus den wirklichen Willen des Gesetzgebers feststellen muss. Unterstützt wird die fragliche Interpretation, auch gegenüber der schon erwähnten zweiten ebenfalls zulässigen, durch die seitherige Gerichtspraxis, welche niemals ein Bekanntwerden der unsittlichen Handlung im grössern Publikum, wohl aber immer eine Qualität derselben verlangte, welche geeignet ist, die öffentliche Meinung in hohem Masse aufzuregen und zur Regression zu drängen. Dass bei dieser Gesetzesinterpretation die vom Angeklagten verübten Handlungen strafbar sind, unterliegt keinem Zweifel, da dieselben, weil von einem Arzte gegenüber seinen Patientinnen begangen, in hohem Grade geeignet sind, die öffentliche Meinung zu empören, und diesen Effekt auch in Wirklichkeit hervorgebracht haben.

Die schon erwähnte ebenfalls mögliche zweite Interpretation der fraglichen Gesetzesstelle unterscheidet sich von der soeben näher untersuchten ersten dadurch, dass die Strafbarkeit der unsittlichen Handlungen von ihrem Bekanntwerden in grössern Kreisen der Bevölkerung abhängig wird. Allein diese Voraussetzung ist im vorliegenden Falle vorhanden, denn die Handlungen des Kassationsklägers sind, namentlich seit dem Tode von Frl. G., in die weiteste Öffentlichkeit gedrungen, wenn auch nicht mit Bezug auf alle Einzelheiten der aktengemäss konstatierten Vorfälle.

Allerdings ist bei dieser Interpretation, ebenso wie bei der vorher erwähnten ersten, im Gegensatz zum deutschen Rechte, das Bekanntwerden der unsittlichen Handlung blosse Bedingung der Strafbarkeit, und vom Standpunkte des Gesetzgebers aus unterliegt dies sicherlich manchen Bedenken. Allein einerseits liegt hierin keineswegs eine Singularität dieses speciellen Vergehens, denn auch beim Vergehen der Teilnahme am Raufhandel ist die Tötung oder Körperverletzung blosse Bedingung der Strafbarkeit, und ähnlich verhält es sich bei den Konkursdelikten hinsichtlich des Vorhandenseins der Zahlungsunfähigkeit oder des Konkursausbruchs, anderseits hat die Abhängigmachung der Strafbarkeit vom Erfolg in der Praxis nicht so schlimme Folgen, wie es dem Theoretiker scheinen möchte, und unter allen darauf sich gründenden Urteilen der zürcherischen Gerichte dürfte kaum eines gefunden werden, bei dem diese Folgen in auffälliger Weise zu Tage träten. Umgekehrt steht die deutsche Rechtsprechung sehr deutlich unter dem Eindrucke, dass der Gesetzgeber mit der Einschränkung der Strafbarkeit vieler unsittlicher Handlungen, auch der mit dem Vorsatze der Öffentlichkeit begangenen, nicht weit genug gegangen ist, so dass gar nicht selten auch solche unsittliche Handlungen zur Strafe gezogen werden, bei denen die Absicht des Thäters, dieselben der Öffentlichkeit preiszugeben, keineswegs erwiesen ist, sondern höchstens feststeht, dass er bei gehöriger Voraussicht hätte wissen können, dass es irgend einem Dritten möglich sein werde, davon Kenntnis zu erhalten, während er in Wirklichkeit an diese Möglichkeit gar nicht gedacht hat.

Unter diesen Umständen kann von einer Verletzung des § 123 des Strafgesetzbuches durch das den Angeklagten gestützt auf diese Ge-

setzesstelle zur Strafe ziehende Urteil nicht die Rede sein, und daher ebensowenig von einer Verletzung des § 32.

10. Was sodann die Frage der Verletzung des § 52 anbetrifft, so ist zwar davon auszugehen, dass die Verjährungsfrist der strafbaren Handlungen vom Tage ihrer Begehung an und nicht erst vom Augenblicke des Eintritts der Bedingung ihrer Strafbarkeit, der Kenntnisnahme durch Dritte, zu laufen beginnt, welcher Zeitpunkt bei der oben bezeichneten ersten Interpretation von § 123 mit demjenigen der Begehung zusammenfällt. Allein die Ausführungen in Erwägung V des angefochtenen Urteils widerlegen nach allen Richtungen [1]) die Behauptungen des Kassationsklägers.

C. Urteil:

Das Kassationsgericht hat gefunden:

Die Kassationsbeschwerde sei nicht begründet,

und erkennt:

1. Der Angeklagte ist der wiederholten Erregung öffentlichen Ärgernisses schuldig.

2. Er wird verurteilt zu acht Monaten Arbeitshaus, abzüglich 73 Tage bereits erstandenen Untersuchungs- und Sicherheitsverhaftes, sowie zu Fr. 5000 Geldbusse; ferner wird ihm das Recht, den Beruf eines Arztes zu treiben, für die Dauer von fünf Jahren nach Erstehung der Freiheitsstrafe entzogen, unter der Androhung der Überweisung an den Strafrichter im Falle Ungehorsams.

Aus den Akten des vorliegenden Falles hat die Zeitschrift (S. 55 des laufenden Jahrgangs) ein Gutachten von Prof. v. Lilienthal veröffentlicht, und auch die Abhandlung von Stooss, unzüchtige Handlungen von Ärzten (Bd. IX, S. 228), ist durch den Fall veranlasst.

Er schien zunächst ein gewisses medizinisches Interesse zu bieten; die Proff. Krafft-Ebing, Harnack und Dr. Ph. Schoch (München) hatten der Verteidigung Gutachten erstattet, die zu den unter B. 2, 3 und 4 erwähnten Aktenvervollständigungsbegehren Veranlassung gaben. Wenn dabei, wie auch in juristischen Gutachten, der Vermutung Raum gegeben wurde, die Verfolgung des Angeklagten stehe im Zusammenhang mit der Bewegung der Impfgegner, der Anti-Vivisektionisten und anderer der zünftigen Medizin feindlicher Elemente, so muss das als eine durchaus unrichtige Fährte bezeichnet werden.

Sodann lagen an juristischen Gutachten ausser dem erwähnten von v. Lilienthal noch solche von Harburger und Kohler vor. Diese Gutachten legten § 123 des zürcherischen Strafgesetzes ziemlich übereinstimmend dahin aus, dass Öffentlichkeit der Begehung gefordert werde und dass die Ärgerniserregung als That-

[1]) Es handelte sich um die Frage der Verjährung mit Bezug auf einen einzelnen Vorfall, von dem aber durch sorgfältige Vergleichung der Zeugenaussagen festgestellt wurde, dass er doch innert die 10jährige Verjährungsfrist falle. Diese Verjährungsfrist aber, die bei im Maximum mit Arbeitshaus bedrohten Verbrechen zur Anwendung kommt, fällt allein in Betracht, da § 123 bei schwereren Fällen Arbeitshaus androht, und überdies das Gericht schon die einzelnen Fälle als „schwerere" ansah.

bestandsmerkmal zum Inhalte des Vorsatzes gehöre. In beiden Richtungen vertritt das angefochtene Urteil einen andern Standpunkt.

Dass öffentliche Begehung von § 183 des deutschen Strafgesetzbuches gefordert wird, ist gar nicht zu bestreiten, und es ist ja ganz richtig, dass die bewusste und gewollte Öffentlichkeit der Begehung ein schweres Symptom der Gefährlichkeit des Thäters bildet, wie v. Lilienthal ausführt. Recht interessant war der Nachweis (bei letzterm und bei Harburger), dass die einschlägigen §§ des österreichischen Gesetzbuches (516) und des preussischen (180) trotz ihrer mit dem zürcherischen übereinstimmenden Fassung im Sinne des heutigen deutschen Strafgesetzbuches ausgelegt werden, bezw. wurden; aber dieser Vorgang war für den zürcherischen Richter nicht wegleitend. Die durch die Wortstellung allein zulässige Beziehung des „öffentlichen“ auf das Ärgernis ergiebt auch keineswegs etwas Unfassbares oder Widersinniges; der öffentlichen „Meinung“ auf dem Gebiete der Thatsachenwürdigung im allgemeinen entspricht dann ein öffentliches „Ärgernis“ als moralisches Empfinden, als Reaktion des Fühlens.

Wie verhält sich nun aber dieses Erfordernis der Erregung öffentlichen Ärgernisses zur Handlung des Thäters? Das Gericht schien darin einig zu sein, dass es nicht Thatbestandsmerkmal, nicht Gegenstand des Vorsatzes sein könne. Also Bedingung der Strafbarkeit, und so sagt es auch das Urteil. Das hat aber zur Folge, dass der Eintritt der Bedingung festzustellen ist, und eine Minderheit wollte diese Feststellung dahin fassen, dass die Handlungsweise des Kassationsklägers eigentlich erst durch den Selbstmord des Frl. G. in die grosse Öffentlichkeit gedrungen sei und dann allerdings eine tiefe Entrüstung der weitesten Kreise und das Gefühl einer Gefährdung der guten Zucht durch solche Angriffe eines Arztes, insbesondere auf unerfahrene Mädchen, deren ärztliche Behandlung ihm anvertraut war, erweckt habe. Diese Feststellung hätte folgerichtig dazu geführt, kein wiederholtes Verbrechen, sondern ein durch mehrere Handlungen, welche durch die einheitliche Strafbarkeitsbedingung zur Einheit zusammengefasst werden, fortgesetztes Delikt anzunehmen, eine Annahme, die den Thatsachen durchaus entsprochen hätte, da sich die öffentliche Meinung in der That nicht mit den Einzelheiten, sondern nur mit der Gesamtthatsache beschäftigte. Wäre in diesem Punkte das angefochtene Urteil rechtsirrtümlich befunden worden, so hätte sich Gelegenheit für das Kassationsgericht gegeben, die Art und das Mass der strafrechtlichen Reaktion ebenfalls nachzuprüfen.

Nun folgte aber die Mehrheit dieser Folgerung nicht. Die vielfach citierte Gerichtspraxis hatte in der That die Untersuchung der Frage, ob die Bedingung der Strafbarkeit, die Erregung öffentlichen Ärgernisses, im einzelnen Falle wirklich eingetreten sei, gerade in den öfteren Fällen der Päderastie unterlassen und sich begnügt, festzustellen, dass die Handlungen geeignet gewesen wären, öffentliches Ärgernis zu erregen. In dem Bestreben, sich von dieser Praxis nicht rundweg loszusagen, wurde auch die ihr zu Grunde liegende Auslegung des § 123 für möglich erklärt, und dabei fiel jene Folgerung einfach dahin.

Die vorliegende Gerichtsverhandlung war allerdings nicht sehr geeignet, der Fassung des gesetzgeberischen Gedankens durch § 123 des Strafgesetzbuches neue Anhänger zu gewinnen; es ist begreiflich, dass die erste Gelegenheit benutzt wurde, um einerseits das etwas unfassbare Rechtsgut der guten Sitte und des geschlechtlichen Anstandes nur noch gegen öffentliche Angriffe zu schützen, anderseits Handlungen, die man auch bei geheimer Begehung strafen zu sollen glaubte, mit besonderen Strafandrohungen zu treffen. (S. Strafrechtszeitung: Gegenvorschlag des Kantonsrates zur Sittlichkeitsinitiative.)

---

2. Urteil vom 12. April 1897

in Sachen

des *Joh. Allemann* von Orcémont, Frankreich, wohnhaft in St. Ludwig, Elsass, Angeklagten und Nichtigkeitskläger, vertreten durch Advokat Dr. Feigenwinter in Basel,

gegen

die *Staatsanwaltschaft*, vertreten durch Staatsanwalt Merkli,

betreffend

Nichtigkeitsbeschwerde über ein Urteil des Schwurgerichtes vom 25. Februar 1897 betreffend Menschenraub.

A. Thatsachen und Erwägungen:

1. Emil Stahel, geb. 4. April 1878, ist der Sohn des Emil Stahel von Zürich und Turbenthal und der Marie Allemann. Die Mutter starb am 19. Januar 1881, worauf der Vater, im Oktober gleichen Jahres, zu einer zweiten Ehe mit Amalie Locher von Aussersihl schritt. Diese Ehe wurde im Jahre 1889 auf Klage der Ehefrau getrennt. Der Vater Stahel hatte sich einem liederlichen Lebenswandel ergeben, der ihn ins Gefängnis brachte, und zuletzt musste er von den Armenpflegen von Zürich und Turbenthal in der Versorgungsanstalt Kappel a./A. untergebracht werden. Die Stiefmutter ihrerseits ging am 29. Juni 1889 eine zweite Ehe mit Karl Wüest in Seebach ein.

Der Knabe Emil Stahel war zunächst in der Haushaltung der Stiefmutter geblieben, wurde dann aber, nachdem er die Primarschule in Zürich durchlaufen hatte, durch die Armenpflegen der beiden Heimatsgemeinden zu einem Landwirt Kägi in Oberhofen-Turbenthal verbracht, von wo aus er während dreier Jahre die Sekundarschule in Turbenthal besuchte. Dann kam er laut Lehrvertrag vom 22. April 1894 beim Buchbindermeister Karl Leibrich in Turbenthal in die Lehre. Der Pfarrer der dortigen Kirchgemeinde, Liechti, erteilte ihm den Vorbereitungsunterricht zur Konfirmation.

2. Mit Zuschrift vom 9. August 1894 erkundigte sich der Kassationskläger, der Bruder der verstorbenen Frau Stahel-Allemann, bei einem Herrn Isler in Turbenthal, ob ein gewisser Jemand, der sich bei ihm als Schwager Stahel vorgestellt und über seine Familienverhältnisse berichtet, wirklich dieser Stahel gewesen sein könne, und ob dessen Angaben auf Wahrheit beruhen. Bejahendenfalls bitte er, dem Knaben Emil zwei Tage Urlaub zu einem Besuche in St. Ludwig zu gewähren. Der Adressat des Briefes war längstens gestorben, die Witwe gab ihn dem Pfarrer Liechti, und dieser beantwortete die Fragen einlässlich; so berichtete er, dass Vater Stahel in der That in der fraglichen Zeit aus der Anstalt Kappel entwichen war. Er gab sodann der Befriedigung darüber Ausdruck, dass ein Verwandter des Knaben um ihn sich kümmern wolle, und verhiess die Bewilligung des Urlaubs. Nach einigem weiteren Briefwechsel, in welchem Allemann auch die Geneigtheit aussprach, den Knaben in seiner Familie aufzunehmen und ihn höhere Schulen besuchen zu lassen, und wobei er einen Priester, Namens Pater Joseph, als nahen Familienangehörigen bezeichnete, wurde der Knabe am 22. September

auf zwei Tage zu Besuch nach St. Ludwig geschickt. Statt den Knaben zurückzuschicken, schreibt Allemann schon unterm 24. September an Pfarrer Liechti: „Es ist für alles gesorgt, Emil geht in den nächsten Tagen in eine grosse Schule in Frankreich, von welcher sein Onkel Oberdirektor ist, ich nehme Emil Stahel als wie mein eigen an, werde ihm alle Lehren laut seinen Kräften erteilen und erteilen lassen, auch Musik und Zeichnen — er soll in allem aufs höchste ausgebildet werden u. s. w.“

Die Armenpflege, durch diese Briefe argwöhnisch gemacht, zog beim protestantischen Pfarramte St. Ludwig Erkundigungen über Allemann ein. Der Bericht ging dahin: Allemann habe eine zahlreiche Familie, seine Kinder laufen in Fetzen umher, er sei schon mehrmals gepfändet worden und erfreue sich jedenfalls nicht eines grossen Vertrauens. Die Armenpflege liess nun den Allemann wiederholt auffordern, den Knaben zurückzuschicken; dann ging der Sekretär der Armenpflege Zürich, Nägeli, selber nach St. Ludwig, stellte dort die ärmlichen Verhältnisse der Familie Allemann fest und ebenso, dass Emil Stahel sich nicht mehr bei seinem Onkel befand. Über das weitere Verbleiben machten die Familienglieder Allemann widersprechende, teils ausweichende, teils unwahre Angaben.

3. Die Armenpflege Zürich rief mit Eingabe vom 21. November 1894 die Intervention des Regierungsrates an, der seinerseits die Staatsanwaltschaft mit der Führung der Sache betrauen liess. Die Staatsanwaltschaft beantragte einerseits das Auslieferungsverfahren gegen Allemann wegen Menschenraubes einzuleiten, anderseits das Polizeikommando mit der Aufenthaltsausforschung bezüglich des Emil Stahel zu beauftragen. Diese letztern Nachforschungen blieben lange Zeit fruchtlos; erst als auch gegen den Pater Joseph, der oft nach Genf zu gehen pflegt, um dort Almosen für eine von ihm in Savoyen betriebene Ackerbaukolonie verwahrloster Kinder zu sammeln, ein Haftbefehl erlassen worden war, erschien der Knabe Stahel in Genf und stellte sich dort auf Anweisung des Pater Joseph der Polizei behufs Heimtransport nach Zürich.

Aus den Aussagen des Emil Stahel und den weitern Erhebungen ergab sich, dass der Knabe in der That nur besuchsweise nach St. Ludwig zu gehen gedachte, dann aber, gerührt durch den herzlichen Empfang der Familie Allemann und die Versprechungen, ihm eine höhere Bildung zukommen zu lassen, sich einverstanden erklärt habe, zunächst bei dem Onkel Allemann zu bleiben und sich dann von ihm an den angeblich nahe verwandten Pater Joseph schicken zu lassen. Emil Stahel wurde nun vom katholischen Pfarrer von St. Ludwig tagtäglich in der katholischen Religionslehre unterrichtet. Nach einiger Zeit wurde er dann mit einem Billet nach Lausanne instradiert. Da ihn dort niemand abholte, begab er sich zu einer Tochter Allemanns in Vevey und von da in das Institut des Pater Joseph in Douvaine. Daselbst verblieb er bis Frühjahr 1895, genoss Unterricht in Französisch und Religion, wurde während einer Erkrankung verpflegt und trat in der Folge förmlich durch Annahme der Taufe zur römisch-katholischen Konfession über. In einem Briefe an Allemann empfiehlt Pater Joseph strenge Geheimhaltung des Aufenthaltsortes des Knaben, er selber wird angehalten, in den wenigen Briefen an die „Mutter“, Frau Wüest, die man ihm zu schreiben gestattete, unrichtige Ortsangaben zu machen, und die Briefe wurden dann auch an

dritten Orten zur Post gegeben. Im Februar 1895 wurde Emil Stahel zu einem Pater in Sitten verbracht, angeblich weil Pater Joseph ihn schriftenlos nicht länger in Douvaine behalten konnte, von Sitten weg kam er im Juni 1895 in das Kloster zum heiligen Geist und zum heiligen Herzen Mariæ in Cheville bei Paris. Von da endlich sei er am 9. September nach Genf geschickt worden, wo ihm, wie erwähnt, ein Vertreter des Pater Joseph die Anweisung gegeben habe, sich der Polizei zu stellen.

4. Inzwischen hatte die Staatsanwaltschaft in Mülhausen eine Untersuchung gegen Allemann an Hand genommen. Da sich im Verlaufe herausgestellt, dass Allemann in der That nicht deutscher, sondern französischer Staatsangehöriger sei, so entschied sich die deutsche Reichsregierung für die Auslieferung des Allemann an die Schweiz. Die Einlieferung in Basel erfolgte am 2. November 1896.

5. Gestützt auf die Ergebnisse der vervollständigten Voruntersuchung erhob die Staatsanwaltschaft gegen den Kassationskläger Joh. Allemann, geb. 1836, von Orcémont, Departement Seine-et-Oise, Frankreich, verheiratet, Vater von 8 Kindern, Buchhalter und Geschäftsführer, wohnhaft zu St. Ludwig, Elsass, zur Zeit in Sicherheitsverhaft, die folgende Anklage:

„Allemann hat sich unbefugterweise im September 1894 des am „16. April 1878 gebornen Otto Emil Stahel von Zürich und Turbenthal „durch List bemächtigt, indem er ihn angeblich für einen Besuch von „2—3 Tagen am 22. September 1894 von Turbenthal nach St. Ludwig „kommen liess, um ihn dem Schutze derjenigen zu entziehen, unter „deren Aufsicht er stand, und denselben alsdann, entgegen den Auf„forderungen der Armenpflegen von Zürich und Turbenthal, nicht nach „Turbenthal zurückkehren liess, sondern ihn am 31. Oktober gleichen „Jahres dem Pater Joseph nach Douvaine in Hoch Savoyen übersandte, „damit er in das dortige Waisenhaus interniert und zum katholischen „Glauben konvertiert werde."

Dadurch habe sich Allemann des Menschenraubes, im Sinne von § 144 St. G. B., schuldig gemacht und sei nach derselben Gesetzesstelle zu bestrafen.

Bei der Eröffnung der Anklage erklärte der Angeklagte sich nichtschuldig.

6. Am 24. und 25. Februar 1897 fand die Hauptverhandlung vor Schwurgericht in Zürich statt.

Den Geschwornen wurde die Frage vorgelegt:

„Hat der Angeklagte Allemann in der Absicht, den am 16. April 1878 gebornen Otto Emil Stahel von Turbenthal und Zürich dem Schutze derjenigen zu entziehen, unter deren Aufsicht er stand, sich dieses Knaben durch List unbefugterweise bemächtigt, indem er ihn am 22. September 1894 angeblich für einen zwei- oder dreitägigen Besuch von Turbenthal nach St. Ludwig kommen liess, und indem er ihn, trotz der Aufforderung der Armenpflegen von Turbenthal und Zürich, nicht nach Turbenthal zurückkehren liess, sondern ihn am 31. Oktober 1894 zu Pater Joseph in Douvaine (Savoyen) sandte, damit er in das dortige Waisenhaus aufgenommen werde?"

Zur Fragestellung wünschte der Verteidiger, Herr Advokat Feigenwinter in Basel, dass hinter den Worten „durch List" eingefügt werde: „wider seinen Willen". Der Gerichtshof, nach Anhörung der Staatsanwaltschaft, zog in Erwägung, dass eine Verurteilung im Sinne der Anklage überhaupt nur dann gedenkbar sei, wenn man die erlistete Einwilligung der Nichteinwilligung gleichstelle, und dass auch das Gesetz nur die Worte „durch List" und nicht etwa den Ausdruck „durch List gegen den Willen des Betreffenden" enthalte, und beschloss daher, das Gesuch der Verteidigung um Ergänzung der Fragestellung abzuweisen.

Nach einstündiger Beratung erklärten die Geschwornen, sie haben die gestellte Frage mit mehr als acht Stimmen bejaht, worauf der Gerichtshof den Angeklagten des Menschenraubes, § 144 St. G. B., schuldig erklärte und ihn hierauf zu sechs Monaten Arbeitshaus unter Abrechnung von 5 Monaten erstandenen Verhaftes verurteilte. Die Staatsgebühr wurde auf Fr. 100 festgesetzt, die Kosten dem Angeklagten überbunden, aber wegen offenbarer Unerhältlichkeit sofort abgeschrieben.

7. Gegen dieses Urteil hat der Kassationskläger durch seinen Verteidiger, Advokat Dr. Feigenwinter, rechtzeitig Kassationsklage eingereicht. Er beantragt Aufhebung des Urteils und Freisprechung des Angeklagten, eventuell Rückweisung an das Schwurgericht, gestützt auf folgende Gründe:

a) Nichtigkeitsgrund der wesentlichen Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigung (§ 1091, 4), weil der Gerichtshof auf seinen Antrag, er möchte den Wahrspruch der Geschwornen gemäss § 988 des Gesetzes betreffend die Rechtspflege aufheben, keinen Beschluss gefasst und eröffnet habe.

b) Nichtigkeitsgrund der Verletzung materieller Gesetzesvorschriften, weil die Geschwornen den Thatbestand des § 144 als erfüllt angenommen, während derselbe ausdrücklich erfordert, dass der Thäter sich des Opfers bemächtigt habe, und die Verhandlung auch nicht den mindesten Anhaltspunkt dafür ergeben habe, dass der zwar minderjährige, aber mündige Emil Stahel auch nur eine Minute in der physischen Abhängigkeit des Allemann sich befunden, dass er gegen seinen Willen nach St. Ludwig gekommen, dass er dort gegen seinen Willen zurückbehalten worden, dass er gegen seinen Willen nach Douvaine abgereist und gegen seinen Willen längere Zeit der Aufsicht des Vormundes entzogen war.

In der Kassationsschrift ist ausdrücklich bemerkt, dass eine Beschwerde gegen die Anklagestellung nicht erhoben wurde, weil die Anklage in ihrem Wortlaute durchaus dem Gesetzestexte entsprochen und insbesondere auch das Thatbestandsmerkmal der „Bemächtigung" behauptet habe.

8. In seiner Vernehmlassung reproduziert der Schwurgerichtspräsident die erteilte Rechtsbelehrung, in der insbesondere hervorgehoben wurde, dass eine Verurteilung die Überzeugung davon voraussetze, dass der Angeklagte den Vorsatz gehabt,

1. den jungen Stahel dem Schutze der zürcherischen Behörden zu entziehen;
2. sich des jungen Stahel wider dessen Willen zu *bemächtigen.*

Bezüglich des ersten Beschwerdepunktes ist nach dem Protokoll festznstellen, dass keine Beschlussfassung stattgefunden; die Vernehmlassung sagt, dass eben keine Übereinstimmnng im Sinne von § 988 vorhanden gewesen sei.

9. Einc Beeinträchtigung wesentlicher Rechte der Verteidignng ist indes in dem Umstande, dass der Gerichtshof auf den Antrag des Verteidigers, er möge den Wahrspruch der Geschwornen, gestützt auf § 988 des Gesetzes über die Rechtspflege, aufheben, keinen Beschluss gefasst, nicht zu erblicken. Das Verfahren nach der angeführten Gesetzesstelle ist kein Rechtsmittel der Parteien, sondern durchaus nur ein Verfahren von Amtes wegen, das eintritt, wenn die Voraussetzungen dazu, Einstimmigkeit des Gerichtshofes darüber, dass die Geschwornen sich geirrt, vorhanden sind. Es ist keinesfalls notwendig, das Nichtvorhandensein dieser Voraussetzungen festzustellen. Der Code d'Instrnction criminelle, dem unser Gesetz nachgebildet ist, enthält in dem entsprechenden § 352 den Zusatz: „Nul n'anra le droit de provoquer cette mesure; la cour ne pourra l'ordonner quo d'office et immédiatement après qne la déclaration du jury aura été prononcé publiquement.“ In seinem Kommentar zn dem Gesetze über das Strafverfahren vom 30. September 1852 bemerkt Dr. J. Rüttimann: „Dieser Znsatz liegt offenbar auch im Sinne unseres Gesetzes, indem von Parteiverhandlungen, welche dem Entscheide vorherzugehen hätten, keine Rede ist.“ § 263 jenes Gesetzes stimmt aber sowohl in seinem Wortlaute als namentlich auch in der Stellung zu den andern die schwnrgerichtliche Hauptverhandlung beschlagenden Gesetzesvorschriften mit dem heutigen § 988 durchaus überein. Da aber, wo das Gesetz zuerst wieder von Parteiverhandlnngen spricht, nämlich in § 991, untersagt es den Parteien jede Anfechtnng des durch den Wahrspruch der Geschwornen festgesetzten Thathestandes.

10. Aber auch der Nichtigkeitsgrund der Verletzung materieller Gesetzesvorschriften ist nicht vorhanden. Als verletzt wird bezeichnet § 144 des zürcherischen Strafgesetzbuches.[1]) Es wird nnn aber nicht etwa behauptet, dass der Gerichtshof diese Vorschrift verletzt habe, sei es, dass er fälschlicherweise den durch den Wahrspruch der Geschwornen festgestellten Thathestand unter diesen Paragraphen subsnmiert; denn in der That sind alle Begriffsmerkmale in die Fragestellung aufgenommen gewesen, sei es, dass das Gericht den Strafrahmen des zweiten Absatzes nicht beobachtet; denn das Urteil hat ja nur das zulässige Strafminimum ausgesprochen. Die Gesetzesverletzung wird vielmehr den Geschwornen zur Last gelegt, weil sie angenommen haben, der Angeklagte habe sich „durch List“ des Knaben „bemächtigt“, während die Verhandlungen ergeben hätten, dass nie eine Freiheitsberaubung, eine Aufhebung der Be-

[1]) Der Wortlaut dieses Paragraphen ist folgender:
Wer sich unbefugterweise eines Menschen bemächtigt entweder durch List oder Gewalt, oder, wenn der Bewältigte das sechzehnte Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, mit dessen Willen, jedoch ohne Einwilligung seiner Eltern, Pflegeeltern oder des Vormundes, um ihn dem Schutze des Staates oder derjenigen zu entziehen, unter deren Aufsicht er steht, wird wegen *Menschenraubes* mit Zuchthaus bis zu 10 Jahren oder Arbeitshaus bestraft.
Wurde dabei beabsichtigt, den Geraubteu in entfernte Weltgegenden zu bringen, so kann die Strafe bis zu 15 Jahren Znchthaus erhöht werden.

wegungsfreiheit, wie § 144 sie voraussetzt, beabsichtigt und eingetreten war. Während nun allerdings noch § 164 des Gesetzes vom 30. September 1852, sowie die Strafprozessordnung von 1866 in § 321 den ausdrücklichen Zusatz enthielten: „Der Wahrspruch der Geschwornen kann unter keinen Umständen auf dem Wege der Nichtigkeitsbeschwerde als thatsächlich unrichtig angefochten werden, so hat die Umarbeitung des Gesetzes im Jahre 1874 diesen Zusatz fallen lassen. Ob man sich dabei dachte, die Zulässigkeit und Wirkung des Rechtsmittels zu erweitern oder lediglich etwas Überflüssiges und Selbstverständliches zu streichen, ist nirgends festgestellt worden. Thatsächlich wird eben stets das Rechtsmittel der Kassation gegenüber einem Wahrspruch der Geschwornen weniger eingreifend sich gestalten als gegenüber einem Urteile eines Bezirksgerichtes oder der Appellationskammer des Obergerichtes; denn zur Nachprüfung der rechtlichen Würdigung des Thatbestandes mangelt dem Kassationsgericht nicht nur die Darlegung dieser Würdigung seitens der Vorinstanz in Erwägungen des Urteils, sondern auch die thatsächliche Unterlage; die Vorinstanz nämlich urteilte auf Grund einer wesentlich mündlichen und unmittelbaren Beweisaufnahme, während dem Kassationsgericht nur die unvollkommene Grundlage der Protokolle der Voruntersuchung und des summarischen, nicht substanziellen Protokolles der Hauptverhandlung vorliegen. So ist auch der deutsche Gerichtsgebrauch in der Auslegung des § 376 der deutschen Strafprozessordnung (das Rechtsmittel der Revision betreffend) darin einig, dass eine Nachprüfung der Feststellungen im Spruch der Geschwornen ausgeschlossen sei; jedenfalls sei die Nachprüfung der rechtlichen Thatsachenwürdigung nur dann möglich und statthaft, wenn individuelle Thatsachen in der Fragestellung bezeichnet sind. Im vorliegenden Falle haben nun aber die Geschwornen es bejaht, dass ein Freiheitsentzug, ein „sich bemächtigen“ stattgefunden habe, ohne dass konkrete Thatsachen genannt sind. Übrigens ist die Würdigung von Thatumständen daraufhin, ob eine die Bewegungsfreiheit aufhebende Gewaltausübung vorliege, durchaus thatsächliche und nicht rechtliche Würdigung, ein Messen nicht an Rechtsbegriffen, sondern Begriffen des täglichen Lebens. Es könnte daher die Beschwerde über den Wahrspruch nur als Beschwerde über aktenwidrige thatsächliche Annahmen aufgefasst werden. Das bildet aber im Strafprozess keinen Kassationsgrund.

11. In der mündlichen Verhandlung hat sodann der Anwalt des Kassationsklägers ausgeführt, dass in der Anklage wie in der Fragestellung als Thatbestandsmerkmal der Ungehorsam gegenüber der Aufforderung der Armenpflegen von Zürich und Winterthur aufgenommen sei. Nun komme es doch nach zürcherischem Rechte nicht auf deren Zustimmung an, sondern vielmehr auf die des Vormundes, und diese liege aktenmässig vor. Ein Menschenraub sei aber dann nicht anzunehmen, wenn mit der Zustimmung der Schutzgewährenden (Eltern, Pflegeeltern, Vormund) über den Schutzbefohlenen verfügt worden sei. Die Anklage geht aber nicht vom Thatbestand des Kinderraubes, d. h. des Raubes einer Person von weniger als 16 Jahren aus, sondern vom Menschenraub an einer Person über 16 Jahren, wobei es auf die Zustimmung des Gewalthabers nach dem Wortlaute des Gesetzes nicht mehr ankommt. Die Einfügung der Nichtbefolgung einer Aufforderung der Armenpflegen war

daher überflüssig, da sie aber nur neben der vollständigen dem Gesetze entsprechenden Thatbestandsbehauptung erfolgte, bedeutungslos.

12. Wenn endlich, wiederum erst in der mündlichen Verhandlung, der Kassationskläger sich über das Vorgehen des Präsidenten des Schwurgerichtes in der Rechtsbelehrung beschwert, weil derselbe die Frage, ob die Macht über den Bemächtigten oder Bewältigten nur mit physischer Gewalt oder auch durch rein psychische Mittel (Überredung, Drohung u.s.w.) ausgeübt werden könne, den Geschwornen nicht kurzweg beantwortet, sondern rechtsirrtümlicherweise als eine offene hingestellt, so wäre allerdings zunächst zu untersuchen, ob dieser Beschwerdepunkt nach § 1092, Absatz 2, des Gesetzes über die Rechtspflege noch zulässig sei. Wie es sich aber auch in dieser Beziehung verhalte, so ist die Beschwerde auch aus andern Gründen abzuweisen. Wenn nämlich auch nach Sträulis Kommentar zum Gesetze betreffend die Rechtspflege unter der Herrschaft des Gesetzes betreffend das Strafverfahren von 1852 einmal der Fall einer unrichtigen Rechtsbelehrung als den Kassationsgrund der Verletzung gesetzlicher Prozessformen begründend angesehen wurde, so darf doch die Richtigkeit dieser Ansicht nach der heutigen Gesetzgebung einer nähern Prüfung unterstellt werden. Richtig ist nun, dass die Rechtsirrtümer in einer Rechtsbelehrung nicht direkt das materielle Recht verletzen; das kann nur durch das Urteil geschehen, und wenn man auch so weit geht, den Wahrspruch der Geschwornen als Bestandteil des Urteils zu betrachten, so können doch nimmer die Ausführungen des Präsidenten des Schwurgerichtes als Erwägungen dieses Urteils angesehen und behandelt werden. Den unrichtigen Inhalt einer Rechtsbelehrung aber als Verletzung einer Prozess*form* zu bezeichnen, widerspricht durchaus dem Wortlaut und Sprachgebrauch des Gesetzes. Übrigens ist der Präsident nicht verpflichtet, die Aufgabe der Geschwornen selber zu lösen, er hat sie nur ihnen auseinanderzusetzen, die Geschwornen aber haben die Schuldfrage im ganzen Umfange, also sowohl bezüglich der Beweiswürdigung als auch der rechtlichen Würdigung des Thatbestandes, soweit die Fragenstellung eine solche Würdigung erfordert, zu beantworten. Schliesslich war es auch nicht rechtsirrtümlich, wenn die Rechtsbelehrung die Frage als offene, noch unabgeklärte behandelte, da z. B. die Unterstellung von Suggestiveinwirkungen unter die Erfordernisse des § 144 St. G. B. keineswegs ausgeschlossen erscheint.

B. Urteil:

1. Die Kassationsbeschwerde ist unbegründet und wird abgewiesen;
2. die Staatsgebühr ist auf 50 Fr. festgesetzt;
3. die Kosten werden dem Kassationskläger aufgelegt, aber wegen festgestellter Zahlungsunfähigkeit desselben als unerhältlich abgeschrieben.

So weit das Kassationsgericht. — Die Anklagestellung wie auch die Rechtsanwendung durch die Geschwornen ist nicht aller juristischen Bedenken enthoben.

Der § 144 umfasst zwei Thatbestände, den des Menschenraubes (§ 234 des deutschen Strafgesetzbuches) und den des Kinderraubes (§ 235 das.). Nicht ganz mit Unrecht tadelte die Verteidigung, dass schon in der Anklageschrift sich die

beiden verschiedenen Thatbestände vermengen, etwas zu ungunsten des Angeklagten. Einerseits lag hier klar der Thatbestand des Kinderraubes vor, das Verbrechen bestund hauptsächlich darin, dass der Knabe der Fürsorge der Behörden und während zwei Jahren allen Nachforschungen der Polizei entzogen wurde, ein für unsere Zeit ganz unglaubliches Vorkommnis. Aber anderseits war der Knabe nicht mehr unter 16 Jahren alt und der Nachweis, dass der andere Thatbestand, der des Menschenraubes, vorliege, war schwach in einem Punkte. Wo lag der Nachweis, dass die Handlungsfreiheit des Knaben selber verbrecherisch vergewaltigt worden war, und lag nicht vielmehr in den Akten Verschiedenes, was darauf hindeutete, dass der zu allem Abenteuerlichen und Unwahren und von der regelmässigen Arbeit Abhaltenden disponierte Jüngling der Romantik seines neuen Lebens ganz gerne sich ergab? Vielleicht lag gerade in diesem Wecken und Fördern schlummernder böser Keime das Verderbliche dessen, was der Angeklagte gethan; aber das ist nicht der gesetzliche Thatbestand.

Offenbar hatte auch der Vorsitzende des Schwurgerichts, Oberrichter Müller, gewisse Bedenken. Sie kommen zum Ausdrucke in seiner Rechtsbelehrung, die wir hier nach seiner Mitteilung an die Presse wiedergeben:

„Der *Menschenraub* wird als ein Verbrechen gegen die *Freiheit der Person*“ angesehen (vgl. § 144 des jetzigen und § 173 des frühern Strafgesetzbuches, sowie Art. 105 der ursprünglichen Fassung des Vorentwurfes für ein eidgenössisches Strafgesetzbuch).

Eines Menschenraubes ist schuldig, wer sich einer Person *ohne deren Zustimmung* oder, falls sie weniger als 16 Jahre alt ist, ohne elterliche oder vormundschaftliche Zustimmung *bemächtigt*, um sie dem Schutze des Staates oder derjenigen zu entziehen, unter deren Aufsicht sie steht.

Was bedeutet das „sich bemächtigen“? — Der Ausdruck ist in dem eidgenössischen Vorentwurf übersetzt mit „se rendre maître“. Nach Liszts (Lehrbuch des Strafrechtes) zutreffender Definition ist darunter verstanden: die Ausübung einer *„Herrschaft“*, einer *„Verfügungsgewalt“*. Nach Schwarze (Kommentar) ist „sich bemächtigen“ gleichbedeutend mit „in seine *Gewalt* bringen“. Im gleichen Sinne sagt Olshausen (Kommentar): „Bemächtigung eines Menschen liegt vor, sobald jemand die *physische Herrschaft* über denselben gewonnen hat.“

Hat nun der Angeklagte den Knaben Emil Stabel in seine *Gewalt* gebracht, eine physische Herrschaft über ihn ausgeübt? Eine blosse psychische Beeinflussung und Beherrschung (besonders das Zureden zur Annahme des katholischen Glaubens) kommt da nicht in Betracht: es müsste eine äusserliche, körperliche Beherrschung stattgefunden haben, um von einer *Bemächtigung* im Sinne des § 144 des Strafgesetzbuches reden zu können. Nach der Beweisverhandlung war der junge Stabel während des Aufenthaltes beim Angeklagten in St. Ludwig in seiner Bewegung kaum stark gehemmt. Oder stand ihm nicht die Rückkehr in den Kanton Zürich jeden Augenblick frei? Konnte er nicht, wenn er gewollt hätte, sich in Basel bei den Behörden stellen? Erklärte er nicht vor dem Schwurgerichte, er habe bei der „Versendung“ nach Douvaine in Savoyen wirklich den Willen gehabt, dorthin zu gelangen, und nicht nach Turbenthal zurück?

Eine „Bemächtigung“ kann logischerweise nur *gegen den Willen* des Vergewaltigten ausgeübt werden; indem das Gesetz auch von einer Bemächtigung *„mit Willen“* spricht, hat es einfach die rechtlich unerhebliche Einwilligung einer unmündigen, unter 16 Jahre alten Person im Auge. Die Auffassung, von der die Anklagebehörde ausgeht, ist die: Nur um *scheinbare Einwilligung* des jungen Stabel handelt es sich; denn bloss durch die List, die unwahren Vorgaben des Angeklagten wurde er bewogen, bei ihm zu bleiben und die Reise nach Savoyen zu unternehmen; der erlistete Wille ist *Nichtwille*. Ob diese Auffassung zutref-

fend sei? Es handelt sich da jedenfalls um eine heikle Frage, die von den Geschwornen zu prüfen ist.

Eine *Verurteilung* des Angeklagten wegen Menschenraubes würde voraussetzen, dass er den *Vorsatz* (den bewussten Willen) gehabt habe, 1) den jungen Stahel dem Schutze der zürcherischen Behörden zu *entziehen,* — hat er geglaubt, das Einverständnis des Vormundes des Knaben sei gegeben, so wird er freizusprechen sein, — 2) sich des jungen Stahel *wider dessen Willen zu bemächtigen.* Der blosse „Entzug“ ohne eine „Bemächtigung“ würde nicht zu einer Schuldigerklärung genügen. Der eidgenössische Vorentwurf hat in Art. 130 die zweckmässige Bestimmung: „Wer dem Inhaber der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt ein Kind absichtlich vorenthält oder entzieht, wird mit Gefängnis bestraft.“ Ein solches „Verbrechen gegen Familienrechte“ kennt das zürcherische Strafgesetzbuch noch nicht, während sich in § 235 des deutschen Strafgesetzbuches eine ähnliche Strafbestimmung gegen die „Kindesentziehung“ findet. Nach dem Gesagten dürfte die Beantwortung der Schuldfrage den Geschwornen nicht allzu schwer werden!“

Litteratur-Anzeigen. — Bibliographie.

Studien aus dem Strafrecht. Von Professor **Dr. J. Kohler.** *II. und III. Heft. Das Strafrecht der italienischen Statuten vom 12. bis 16. Jahrhundert. Allgemeiner Teil. Mannheim, Verlag von J. Bensheimer, 1895. 317 S.*

Angeregt durch die reichen Schätze der königlichen Bibliothek in Berlin an italienischen Städtestatuten, unternimmt es Prof. Kohler, die Fäden zu entwirren, die einerseits vom langobardisch-fränkischen, andererseits vom römischen Rechte ausgehend zum italienischen Statutarrecht des 12.—16. Jahrhunderts geworden sind. Mit Ausnahme der Constitutiones Siculæ blieben die Stadtrechte von Unteritalien und Sicilien ausser Betracht. Für die Geschichte des schweizerischen Strafrechts kommen die Stadtrechte von Bellinzona 1383—1393, Bergel 16. Jahrhundert, Blenio 1450, Locarno 1588, Oberengadin 16. Jahrhundert u. a. in Betracht. Auch auf österreichisches Gebiet greifen einzelne Statuten über, so die von Curzola 1271, Rovigno 1531, Trient 13. Jahrhundert, Meran 1317, Roveredo 1425 u. a. — Der Verfasser hat den gesamten riesigen Quellenstoff nach der herkömmlichen Systematik des allgemeinen Teiles des Strafrechtssystems wiedergegeben. Hefte 4 und 5 sollen den besonderen Teil und den Strafprozess umfassen. Von seinen Vorarbeitern auf diesem Gebiete — *Osenbrüggen*, das Strafrecht der Langobarden, Schaffhausen 1863, und *Pertile*, Storia del diritto Italiano, vol. V, Turin 1892 — unterscheidet sich die Kohlersche Arbeit durch die geringere Verarbeitung des Quellenstoffes, welcher jedoch eine beinahe vollständige Wiedergabe der einzelnen Bestimmungen gegenübersteht. Die Darstellungsweise macht den Quelleninhalt äusserst übersichtlich, wenn auch nicht verkannt werden kann, dass die oft seitenlange Aneinanderreihung von Citaten den Leser einigermassen ermüdet. So macht die Arbeit mehr den Eindruck eines systematischen Nachschlagewerkes, das dem Strafrechtshistoriker gewiss eine wertvolle Orientierung in dem riesigen Material bieten wird.

Vgl. im übrigen als Ergänzung dieses Werkes die Abhandlungen Kohlers über „das internationale Strafrecht in den italienischen Stadtrechten“ in der Zeitschrift für internationales Privat- und Strafrecht, IV. Bd., S. 225 ff., und „das internationale Strafrecht bei den italienischen Juristen“, daselbst V. Bd., S. 232 ff. *Lenz.*

Wasser-Diebstahl. Von **Dr. Walther von Hippel.** *(IV. Band, 1. Heft, der Abhandlungen des kriminalistischen Seminars zu Halle a. S.) Berlin, Guttentag, 1895. 45 S.*

Der Verfasser nntersucht zunächst die civilrechtliche Frage, wann das Wasser im Privateigentum stehe. Das Eigentum an Wasser sei ein ganz eigenartiges Recht, da die fliessende Welle unfassbar sei und sich dem Privateigentum entziehe. Darum könne nicht die private Natnr des Wasserkanals entscheidend sein; die zum Diebstahlsbegriffe erforderliche Herrschaft, das „Abfangen und Beherrschen" des Wassers liege nicht schon dann vor, wenn das Wasser gebrancht werden könne, sondern sei nur dann und bezüglich desjenigen Wassers gegeben, welches zum *Verbrauche bestimmt ist.* Auch bei dem bloss zu Bewässerungszwecken abgeleiteten Wasser, wobei das Rieselwasser wieder in den Kanal zurückgeleitet werden müsse, stehe das abgeleitete Wasser im Eigentum des Kanaleigentümers. Nach einer Übersicht über die einschlägigen Bestimmungen der deutschen Partikularrechte wird die Frage erörtert, wann der fremde Gewahrsam gebrochen und der eigene des Thäters begründet werde. Diese sowie die weitere Frage nach der Grenze zwischen Sachbeschädigung und Diebstahl wird im Sinne der herrschenden Lehre entschieden. Sicheres Kriterium ist nach *Hippel* allein die Willensrichtung, welche die vom Thäter vorgenommene Zerstörung erkennen lässt. Zu subtil und ohne praktischen Wert scheint mir die Unterscheidung zwischen der „diebischen Absicht" und der „Zueignungsabsicht". Erstere soll auf die Ausübung des Eigentums, letztere auf die Herstellnng eines Verhältnisses, das diese Ausübung ermöglicht, gerichtet sein. Die Zueignnngsabsicht nach § 272 R. St. G. B. ist einfach eine über die Begründung eigenen Gewahrsams hinausgehende Willensrichtung auf dereinstige Ausübung von Eigentumsbefugnissen. Dies meint *Hippel* offenbar auch. Zueignungsabsicht ist nach ihm vorhanden, „wenn die vom Thäter vorgesetzte endgültige Bestimmung über die Sache den Willen dokumentiert, als Eigentümer über dieselbe zu verfügen" (S. 32). Die Erörterungen über den subjektiven Thatbestand des Wasserdiebstahls und die Kollision von Reichs- und Landesrecht bieten nichts Neues. *Lenz.*

C. Schultze, *Landgerichtsrat in Berlin. Vorschläge zur Reform des Irrenrechtes auf Grund einer Vergleichung des italienischen mit dem in Preussen geltenden Recht. Berlin, J. Guttentag, 1896. 8°. 99 Seiten.*

Eine sehr verdienstliche Schrift, welche zuerst in übersichtlicher Weise alle Bestimmungen zusammenträgt, welche die verschiedenen italienischen Gesetze über das Irrenwesen enthalten, dann dieselben mit den geltenden Anordnungen der preussischen Gesetze vergleicht und zum Schlusse zu positiven Vorschlägen schreitet. Hierbei bezieht sich der Verfasser namentlich auf den allgemeinen italienischen Entwurf (in 3 Abschnitten und 47 Artikeln) und bespricht hauptsächlich die Errichtung von gerichtlichen Irrenhäusern, die Schaffung des sogenannten Familien-

rates, das Verfahren in Entmündigungs- und Pflegschaftssachen, die Mitwirknng der Staatsanwaltschaften, die verminderte Zurechnungsfähigkeit, Gemeingefährlichkeit der Irren etc.

Rechtsvergleichende Arbeiten haben immer Wert, da sie zur Prüfung des im Auslande geltenden Rechtes und znr Überlegung führen, ob und was davon im eigenen Lande Verwendung finden könnte. Man sollte aber meinen, dass solche Arbeiten auf *allgemeiner* Grundlage beruhen und die einschlägigen Bestimmungen aller oder wenigstens möglichst vieler Kulturstaaten vergleichen müssen, da sich ja überall irgend etwas Nachahmenswertes finden kann. Insofern kann eine Arbeit, welche das heimische Recht nur mit einer einzigen fremdeu Gesetzgebung vergleicht, nur als nützliche Vorarbeit für den gelten, der einmal allgemeine Vergleichung vornimmt. Gerade in der Frage der Irrengesetzgebung ist viel gearbeitet worden; abgesehen von den bekannten Schriften von *Nasse* (Vorschläge zur Irrengesetzgebung, Marburg 1850), *H. Lähr* (zur Reform des Irrenwesens in Preussen, Leipzig 1893), *Eulenburg* (Handbuch des öffentlichen Gesundheitswesens, 1881), *H. Reuss* (der Rechtsschutz der Geisteskranken, Leipzig 1888), *v. Kirchenhain & Reinaertz* (zur Reform des Irrenrechts, 1895), *Ascher* (zur staatlichen Beaufsichtigung der Irrenanstalten, 1893), *Schlager* (in Maschkas Handbuch der gerichtlichen Medizin), *Engelmann* (zur Reform des Irrenrechts, 1894), *A. Erlenmeyer* (unser Irrenwesen, Wiesbaden 1896) haben sich die Zeitschriften und Vereinigungen vielfach mit der Frage befasst; so namentlich der lehrreiche Vortrag von O. Binswanger (gehalten in der staatswissenschaftlichen Gesellschaft in Jena, abgedrnckt in Nr. 148 der „Sammlung klinischer Vorträge“, Leipzig, Breitkopf & Härtel); dann Prof. Medem, „Entwurf eines Gesetzes betreffend das Irrenwesen“ (in der Zeitschrift für sociale Medizin, I. Bd., 3. Heft, 1); die Vorträge von Siemens, Zinn und Pelmann in Frankfurt 1893 und Hamburg 1896; Vortrag des Dr. Weber, „die Voraussetzungen der Entmündignng nach dem 1. und 2. Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuches“ (forens.-psych. Vereinigung in Dresden am 20. Juni 1894); die Debatte der Kammer der Abgeordneten Bayerns, 30. und 31. Januar 1896; E. Mendel (Berliner klin. Wochenschrift Nr. 1 ex 1896); Dr. C. Becker (Münchner Med. Wochenschrift Nr. 16 ex 1896).

Hierzn mnss erwogen werden, dass nicht wenige Staaten schon ziemlich lange eine besondere Irrengesetzgebung besitzen, so Kanton Genf seit 1838, Frankreich seit ebenfalls 1838, Holland seit 1841, England seit 1845, Norwegen seit 1848 nnd 1880, Belgien seit 1850 und 1873, New-York seit 1874 etc. Hier sind jedenfalls vielfache wichtige Erfahrungen gemacht worden, und wollte man all das, was Wissenschaft und Praxis geschaffen hat, noch mit den Vorschlägen modernster Gesetzentwürfe, so für die Schweiz, Norwegen etc., zusammentragen, so müsste sich allerdings viel branchbares Material für die so überaus wichtige Frage der Irrengesetzgebung gewinnen lassen.

Eine ganz andere Frage ist die, ob es *jetzt* an der Zeit wäre, znr Kodifiziernng besonderer Irrengesetze zu schreiten. Die Lombrosofrage ist noch nicht ganz tot, die modernen Lehren der Gehirnanatomie und Gehirnphysiologie (Flechsig, Benedikt, Näcke, Sernoff und andere) sind in keiner Weise abgeschlossen, die Frage der verminderten Zurechnung ist ebenso offen als die, ob wir für verbrecherische Irre oder irre Ver-

brecher zu sorgen haben, wir wissen nicht, wie weit es mit der moral insanity geht, wir kennen die Grenzen nicht, wo der Gewohnheitsverbrecher den Geisteskranken berührt, die Frage der Monomanien taucht von neuem auf — kurz, dermalen Gesetze im grossen Stile über diese Fragen zu schaffen, dürfte verfrüht sein.

Hanns Gross.

Dr. Franz von Liszt, *ord. Professor der Rechte in Halle a. S. Lehrbuch des deutschen Strafrechts.* **Achte** *durchgearbeitete Auflage. Erster Teil. Berlin, J. Guttentag, 1897.*

Die achte Auflage des von Lisztschen Lehrbuches liegt im ersten Teile vor, der sich auf den allgemeinen Teil und die Tötungsdelikte (320 Seiten) erstreckt. Die Reichhaltigkeit des Stoffes, die anziehende Darstellung, die scharfe Systematik sind bekannte Vorzüge dieses Werkes, das sich nicht nur in Deutschland, sondern auch in der Schweiz und in Österreich viele Freunde erworben hat.

Sehr zu begrüssen ist es, dass von Liszt den wertvollen Abschnitt über die ausserdeutsche Strafgesetzgebung des 19. Jahrhunderts wieder aufgenommen hat. Bezüglich der Unschädlichmachung erklärt von Liszt in § 14, „die Forderungen der Kriminalpolitik": „Diese Aufgabe hat die Strafe dem geistesgesunden, wie die Irrenanstalt dem geisteskranken Verbrecher gegenüber zu erfüllen." Damit dürfte von Liszt seine kriminalpolitischen Anschauungen, die er auf dem internationalen Psychologenkongress in München vertreten hat und die allgemein befremdet haben, berichtigt haben. Denn in jenem Vortrag stellte er die Gewohnheitsverbrecher als unzurechnungsfähig dar. Dieses Einlenken des Verfassers in die Bahnen des Strafrechts heben wir mit besonderer Freude hervor.

Dr. juris Wolfgang Mittermaier *zu Heidelberg. Die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformierten deutschen Strafverfahren. Stuttgart, Ferdinand Enke, 1897.*

Mittermaier entwickelt in seiner gut und anregend geschriebenen Schrift zunächst „Allgemeine Grundsätze über die Stellung des Staates im Strafrecht". Er legt das „Strafrechtsverhältnis" dar. „Im Staatsstrafrecht sind Einzelinteressen eines als deren Subjekt Beteiligten rechtlich geformt und anerkannt." Der eine Teilnehmer am Strafrechtsverhältnis ist der Staat, der andere derjenige, der in die Interessensphäre des Staates eingegriffen hat (S. 27). Es darf unbedenklich zugegeben werden, dass die Pflicht des Staates, denjenigen, der ein Verbrechen begangen hat, zu bestrafen, ein Verhältnis rechtlicher Natur zwischen dem Staat und dem Thäter begründet, man kann dieses Verhältnis das Strafrechtsverhältnis nennen.

Mittermaier stellt sodann in einem zweiten Teil die staatsrechtlichen Grundsätze für die Verwirklichung des Strafrechtsverhältnisses auf. Der

wichtigste Satz, den er aufstellt, ist der: „Der Staatsanwalt und der Beschuldigte sind materiell Prozessparteien“ (S. 74). Das ist, wie er selbst erklärt, die Antwort auf die Frage, die er behandelt.

Diesen Satz leitet er aus dem Strafrechtsverhältnis ab. Wenn das Strafrechtsverhältnis gleich wie das Civilrechtsverhältnis ein Interesseverhältnis ist, so deckt sich Wesen und Zweck des Strafprozesses, durch den es verwirklicht wird, mit dem Civilprozess. Es ergiebt sich damit, dass ein unbefangener Richter über das Strafrechtsverhältnis, das zwischen dem Staat und einem Schuldigen besteht, entscheiden muss. Eigenartig sei dem Strafrecht nur das eine: es soll nicht anders als im Prozess verwirklicht werden.

Dass die Untersuchung und Feststellung darüber, ob eine staatliche Strafpflicht im einzelnen Fall gegen eine bestimmte Person begründet sei, am besten in der Form eines Parteienprozesses geschieht, ist nichts Neues. Neu ist aber die Behauptung, dass der Parteienprozess eine *staatsrechtliche Konsequenz* des Strafrechtsverhältnisses sei und dass aus dem Strafrechtsverhältnis wirkliche Parteien hervorgehen, nicht nur Parteirollen. Ist der Staat im wahren Sinne Partei im Strafprozess, so ist es unmöglich, dem Richter, der über das Strafrechtsverhältnis entscheidet, gleichzeitig die Vertretung der staatlichen Interessen zu übertragen. Richter und Partei können nicht dasselbe Subjekt sein. Der Anklageprozess ist dann nicht nur die Prozessform, die sich für Strafsachen eignet, sondern er ist die Form, die allein dem materiellen Rechtsverhältnis, über das entschieden wird, entspricht.

Dann widerstreitet der Inquisitionsprozess der Natur der Sache. Gehört die Voruntersuchung zum Strafprozess, so folgt daraus, dass auch in der Voruntersuchung das Parteiinteresse des Staates nicht von dem Richter wahrgenommen werden kann. Wir haben also ein durchaus gleichartiges Verhältnis, wie es noch da und dort im Verwaltungsrecht besteht. Auch hier wird dem Staat die Pflicht auferlegt, als Partei vor den Gerichten Recht zu nehmen und sich als Partei zu stellen; der Unterschied besteht darin, dass in Verwaltungssachen bisher die Partei Richter war, während im Inquisitionsprozesse der Richter gleichzeitig eine Partei vertrat.

Das Wesen des objektiven Rechts, also insbesondere des Strafgesetzbuches, erklärt sich, wenn wir uns in den Gedankengang des Gesetzgebers versetzen. Der Verfasser eines Gesetzesentwurfes muss sich darüber klar sein, in welchen Fällen gegen den Urheber einer That Strafe eintreten soll. Soll z. B. Ehebruch strafbar sein? Um diese Gesetzgebungsfrage zu entscheiden, muss sich der Gesetzgeber in die Lage des Staates hineindenken. Jeder Gesetzgeber wird anerkennen, dass der Staat an der Unverbrüchlichkeit der Ehe ein Interesse hat. Wenn dieses Interesse durch civilrechtliche Bestimmungen (Eherecht) genügend geschützt werden kann, so wird er von einer Bestrafung der Ehebrecher absehen. Wenn aber dieser Schutz der Ehe nicht ausreicht, so wird er dem Staat eine Strafpflicht gegen jeden Ehebrecher auferlegen, vorausgesetzt, dass das öffentliche Interesse an der Unverbrüchlichkeit der Ehe dadurch, dass der Staat nun jeden Ehebrecher (unter gewissen Voraussetzungen) bestraft, so wirksam gewahrt wird, dass die Nachteile, die derartige Bestrafungen mit sich bringen, ein geringeres Übel sind als die Straflosigkeit des Ehebruchs.

Wenn Binding in oder hinter dem Thatbestand der Delikte eine Norm sieht, du sollst nicht dieses Rechtsgut verletzen oder gefährden, so sehe ich in dem Thatbestand nichts als eine authentische Feststellung. Die Worte, „Wer einen Menschen rechtswidrig tötet, wird bestraft“, besagen: Der Staat hat ein Interesse daran, dass niemand das Leben seiner Angehörigen angreife. Dieses Interesse muss er durch Strafe bethätigen (da dies das einzig wirksame Mittel ist). Der Staat ist daher verpflichtet, jeden, der einen Menschen rechtswidrig tötet, zu verfolgen und ihn durch den Richter zu der gesetzlich bestimmten Strafe verurteilen zu lassen. Der Thäter ist verpflichtet, die Strafe auf sich zu nehmen. Der Satz: „Wer vorsätzlich tötet, wird bestraft“, kodifiziert also eine allgemeine Staatsrechtspflicht oder ein Pflichtrecht des Staates (ein Recht, das er pflichtgemäss in jedem Fall ausüben muss). Aus der allgemeinen Strafpflicht entsteht in jedem einzelnen Fall eine besondere (konkrete) Strafpflicht und ein besonderes Pflichtrecht. Diese Pflichten sind vor dem Gesetze da; sie werden jedoch nach modernem Staatsrecht nur insoweit wirksam, als sie im Gesetze festgesetzt sind.

Genau betrachtet, legt sich der Staat in dem Strafgesetzbuch die Pflicht auf, die Verbrechen zu verfolgen und durch den Richter seine Strafpflicht feststellen zu lassen. Denn die Strafsanktion: „wird bestraft mit“ bedeutet ohne Zweifel „wird *durch den Richter bestraft* mit“. So erscheint der Staat auch vor dem Gesetzgeber als der Inhaber öffentlicher Pflichtinteressen, deren Wahrung ihm obliegt, und der Richter als das Organ, das über diese Pflichtinteressen entscheidet.

Das Strafgesetzbuch ist eine Magna Charta, aber nicht die Magna Charta der Spitzbuben, sondern die Magna Charta der ehrlichen Leute. Der Staat umgrenzt damit seine Straf- und Verfolgungspflichten und gewährt jedem einen Freiheitsbrief gegen den Staat und gegen den Richter, dessen Handlung nicht unter die Bestimmungen des Gesetzes fällt.

Es ist nicht der Zweck von Strafgesetzbüchern, dem Volk ins Gewissen zu reden und ihm zu drohen: wenn du das thust, trifft dich diese Strafe. Dass Mord, Betrug, Diebstahl, Brandstiftung Verbrechen sind, weiss jedes Kind, die Eltern und die Lehrer sagen es ihm; für die Erkenntnis des Polizeinrechts sorgt die Polizei durch öffentliche Gebote und Verbote (Im Schritt fahren — Busse). Es ist noch viel weniger der Zweck von Strafgesetzbüchern, den Verbrecher zu beruhigen und ihm einen Rechtsbehelf gegen den Richter in die Hand zu geben. Das Strafgesetzbuch ist ein Staatsakt, der Staatsrechtspflichten, die dem Staat als Rechtsschützer obliegen, in einer für alle verbindlichen Weise feststellt.

Die aktive Pflicht des Staates und die passive Pflicht des Verbrechers erfahren in dem Strafgesetz eine staatsrechtliche Regelung. Aus ihrer Wechselbeziehung ergiebt sich das Strafrechtsverhältnis.

Dasselbe ist freilich so eigenartig, dass die Behauptung, Civilprozess und Strafprozess seien ihrem Wesen nach gleich, nur mit bedeutenden Einschränkungen zugegeben werden kann. Die Bedeutung dieser Einschränkungen unterschätzt Mittermaier, obwohl er die Momente, auf die es ankommt, nicht übersieht.

Es würde zu weit führen, die Folgerungen, welche Mittermaier aus dem materiellen Strafrechtsverhältnis für das Prozessrecht ableitet, ins Einzelne zu verfolgen. Er erörtert namentlich die Grundsätze: 1. der

Offizialität, 2. der Legalität, 3. der historischen Wahrheit, 4. der Prozessmässigkeit, 5. der Organisation (Seite 45).

Der dritte Teil behandelt die prozessrechtlichen Grundsätze für die Strafverfolgung, jedoch in ziemlich gedrängter Form.

Mittermaier hat darauf verzichtet, sein Buch mit Gesetzesvorschlägen abznschliessen; die Reform des Strafprozesses auf Grund seiner Anschauung betrachtet er als eine Lebensarbeit.

Wir dürfen erwarten, dass er das Ergebnis seiner weiteren Untersuchungen in einer Weise vorlegen werde, die geeignet ist, für gesetzgeberische Arbeiten verwertet zn werden.

Dr. Karl Binding. *Grundriss des gemeinen deutschen Strafrechts. I. Einleitung und allgemeiner Teil. 5. Auflage. 237 Seiten. Leipzig, Engelmann, 1897.*

Im Gegensatz zn Bindings „Lehrbuch" des besonderen Teiles hat die eben erschienene 5. Auflage des „Grundrisses" des allgemeinen Teiles seiner Darstellung des dentschen Strafrechtes nicht bloss den Namen, sondern auch die Anlage und das Wesen eines nur teilweise ins Detail ausgeführten Grundrisses beibehalten. Besonders hervorzuheben ist die Sorgfalt, mit welcher der Verfasser die Litteratur bis auf die allerneueste Zeit nicht bloss angeführt, sondern auch benützt und verwertet hat. Seiner Strafrechtstheorie hat Binding eine etwas eingehendere Ausführung gewidmet als früher. Er schliesst dieselbe nnnmehr in dem etwas orakelhaft klingenden Satze ab: „Nicht der Mensch, sondern der Verbrecher, nicht der Delinquent ausserhalb seiner That, sondern als Urheber seiner That wird bestraft", und fügt hinzn: „Es giebt keinen Strafzweck, der jenseits der Exekution läge" (S. 172), was ebenso selbstverständlich ist, wenn man die entfernteren Nachwirkungen der Exekntion mit einbezieht, als es unwahr ist, wenn man nur an die Exekntion im engeren Sinne des Wortes denkt. Neu hinzugekommen sind dankenswerte Ausführungen über die „unechten Strafen" (§ 89, § 97 *a*—*c*), eine Erörterung der Erlasse über den bedingten Strafaufschub (S. 236), in welcher Binding von seiner ursprünglichen schroffen Negation dieses Rechtsinstitutes stark abgekommen ist, und eine scharfe Abwehr (S. 86) gegen Liszts Vortrag auf dem Münchener Psychologenkongresse über die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit. Referent hat noch nicht alle Hoffnung aufgegeben, dass *Liszt*, wie er ja schon früher auch manchmal ein zuerst mit heller Begeisternng von ihm aufgenommenes Theorem später wieder fallen gelassen hat, so auch in dieser Frage noch zu einer besonneneren Auffassung gelangen und sich aus den Fesseln der einseitigsten Übertreibnng der materialistischen Auffassungsweise befreien werde. Eben deshalb möchte Referent jenem Vortrage wenigstens vorläufig nocb nicht jene Wichtigkeit zumessen, die Binding ihm beilegt, wenn er mit dem schärfsten Belagerungsgeschütz gegen denselben anrückt. Sollten allerdings die nächsten Publikationen Liszts die Irrigkeit jener Hoffnung beweisen, dann freilich müssten alle jene, denen das Strafrecht nicht bloss brutale „Repression" ist, sondern die in demselben eine der wichtigsten ethischen

und kulturellen Mächte erblicken, sich bei aller sonstigen Verschiedenheit ihrer Anschauungen gegen denjenigen einigen, der das, was ihrer Überzeugung nach das Wesen und den tiefsten Gehalt des Strafrechts ausmacht, der akademischen Jugend, den künftigen Richtern des deutschen Kulturgebietes, als einen leeren Wahn hinstellt. Je grösser die bisherigen Verdienste jenes seine eigene Wissenschaft vernichtenden Lehrers, je berühmter sein Name und je wirkungsvoller seine Darstellung wären, um so schärfer müsste dann auch die Abwehr sein. Vielleicht aber ist es doch nicht der Ruhm Herostrats, den Liszt anstrebt, wie Binding anzunehmen scheint, sondern ist noch eine Vereinigung zu positiver Arbeit mit ihm möglich. *Lammasch.*

Zeitschrift für Kriminalanthropologie, Gefängniswissenschaft und Prostitutionswesen. Herausgegeben von **Walter Wenge.** *Berlin, M. Priber, 1897.*

Unter diesem Titel erscheint seit diesem Frühjahre (I. Heft ausgegeben am 20. März) eine neue Zeitschrift, die in modern-wissenschaftlicher Weise wichtige Teile der strafrechtlichen Hülfswissenschaften zu behandeln verspricht. Wie aus den Worten der Einführung, den Namen der Mitarbeiter [1]) und dem Inhalte der ersten Arbeiten entnommen werden darf, beabsichtigt der Herausgeber, med. und phil. Dr. Wenge, vor allem die Kriminalanthropologie als *das* zu behandeln, was sie dem Namen und Sinne nach ist, die Lehre von dem körperlichen und geistigen Wesen des Verbrechers, nicht aber als jene eingeschränkte Disciplin, welche nur den besonderen, sogenannten Verbrechertypus zum Gegenstande ihrer Studien machen will. Es hat glücklicherweise den Anschein, als ob man endlich die Wahrnehmung gemacht hätte, dass die doch immerhin ganz junge Kriminalanthropologie der naturgemässen Entwicklung, die jede Disciplin durchmachen muss, weit vorangeeilt ist und die weitgehendsten Schlüsse gewagt hat, ohne die notwendige Grundlage und das vorgearbeitete Material zu besitzen. Mit so und so vielen Messungen und einer wenn auch mühsam zusammengetragenen Menge aber doch nur anekdotenhaft erscheinenden „Beobachtungen“ schafft man den Grund für eine Wissenschaft noch nicht, und bevor man die letzten Schlüsse über das Wesen des Verbrechers ziehen darf, muss dieser erst nach *allen* seinen Seiten studiert werden. Wir müssen seine Eigenheiten und Trics, seine Absichten und Formen, seine Praktiken und Verständigungsmittel, seine Verbindungen und Hülfen studieren und wissenschaftlich untersuchen, dann erst darf das zweifellos Festgestellte mit andern Daten, die namentlich der Arzt zusammengesucht hat, verbunden werden, und dann, aber erst dann, wollen wir Schlüsse versuchen.

Der zweite Teil, den die Zeitschrift umfassen will, betrifft die Gefängniswissenschaft. Allerdings existieren ja Zeitschriften hierfür („Blätter für Gefängniskunde“, „Vereinshefte etc.“, „Jahrbücher der Gefängnis-

[1]) R. Arndt, A. Bær, M. Benedikt, Havelock-Ellis, L. Ferriani, H. Gross, v. Krafft-Ebing, H. Kurella, Laupts, A. Leppmann, v. Lilienthal, v. Liszt, P. Näcke, A. Neisser, P. Penta, W. Preyer, A. Prins, R. Salillas, J. Vargha u. a.

gesellschaft etc.", „Verhandlungen der internationalen Kongresse etc.", dann die Beltrani-Scaliasche Rivista und die „Revue pénitentiaire", es lässt sich aber nicht leugnen, dass eine Behandlung der hierher gehörigen Fragen in Verbindung mit Kriminalanthropologie besonderen Wert haben kann. — Der dritte Teil, das Prostitutionswesen, besitzt trotz der so reichen Litteratur über diese social, medizinisch und rechtlich so wichtige Frage noch keine Zeitschrift.

Von den bisherigen Arbeiten wäre besonders der orientierende Aufsatz von Näcke über „Lombroso und die Kriminalanthropologie von heute" und „Die Handschrift der Verbrecher" von Preyer zu nennen. — Endlich erscheinen noch eingehende Besprechungen der einschlägigen Litteratur. *Hanns Gross.*

Strafrechtszeitung. — Nouvelles pénales.

Strafrecht.

Zürich. Am 27. Juni kommt zur Volksabstimmung das Initiativbegehren betreffend *Abänderung und Ergänzung des Strafgesetzbuches* vom 8. Januar 1871, sowie der vom Kantonsrat aufgestellte Gegenvorschlag: Gesetz betreffend Abänderung des Strafgesetzbuches vom 8. Januar 1871 (zweite Abteilung, vierter Titel: *Verbrechen gegen die Sittlichkeit*). Das Initiativbegehren ist abgedruckt in dieser Zeitschrift, Bd. VIII (1895), S. 209, in der Abhandlung von *Stooss* über die Sittlichkeitsverbrechen nach Zürcher Strafrecht, der Gegenvorschlag im Anhange zu diesem Heft der Zeitschrift.

Der uns durch seine „Philosophie pénale" bekannte *Tarde* hat in einem andern, nun schon in zweiter Auflage erschienenen Werke: „Les lois de l'imitation", die Erscheinungen des socialen Lebens als Teile von Nachahmungsreihen, die von den seltenern Erfindungen ausgeben, erklärt, gleichwie in der physikalischen Welt ein gegebener Anstoss in gleichen Wellenbewegungen sich weiter fortpflanzt. Das Gesetz der Nachahmung zeige sich aber auch darin, dass eine Erfindung zahlreichen andern auf demselben Gebiete oder in gleicher Richtung des Zweckes rufe, von denen wiederum Nachahmungsreihen ausgoben, die sich je nachdem gegenseitig verstärken oder aufheben, oder von denen eine die übrigen aufzehrt. Und besonders stark werde die Nachahmungswirkung, wenn die Nachahmung des Neuen (der Mode) mit der Nachahmung der Vorfahren (Sitte) in gleicher Richtung gehen. Hätte Tarde zum Nachweise seiner Lehrsätze nicht schon ein überreiches Thatsachenmaterial zur Verfügung gehabt, so würden wir ihm das Studium der Bewegungen empfehlen, von denen die vorliegenden Gesetzgebungsvorschläge einen Teil bilden. Was die Oberfläche des schweizerischen Staatslebens in Genf, Waadt, Zürich und anderwärts kräuselt, ist zunächst ein Abschnitt der Wellen, welche die edle Mrs. Josephina Butler und ihre Abolitionistenbewegung („Britisch-kontinentaler und allgemeiner Bund gegen die Duldung der Prostitution") erregt hat, eine ihrem Ursprung und Wesen nach durchaus humanitäre Bewegung auf dem Gebiete der praktischen *Moral*. Nebenher geht der Kampf um die Frauenrechte; die „Questions féministes" von Prof. *Bridel* (Genf 1896) beschlagen die personenrechtliche wie die ökonomische Seite dieses Kampfes um das *Recht* und „La question des mœurs et l'Etat" (Genf 1896) ist nach Bridel eine Frage der Gerechtigkeit, der Ordnung, der Freiheit, lauter juristischer Standpunkte und Postulate. Endlich auf dem Boden der *Physiologie* die Enthaltsamkeitspropaganden; Enthaltung vom „Leichengift" im Vegetarianismus, Enthaltung vom Gifte des Alkohols im Abstinententum, endlich die Enthaltung vom Gift des Geschlechts-

verkehrs,[1]) und darunter sind nicht nur die geheimen Krankheiten verstanden; trotz sehr ungleichwertiger Bedeutung dieser Bestrebungen ist ein gemeinsamer Boden unverkennbar. Auf etwas Neues zielen eigentlich diese gleichlaufenden Strömungen nicht; es sind Anklänge an die weltverachtende, weltverlorne Askese des ersten Christentums, es ist eigentlich nichts anderes als das Bestreben, unsere hergebrachte monogamistische Verfassung des menschlichen Geschlechtslebens zur vollen Wahrheit werden zu lassen — die „imitation-mode" erhält die gewaltige Unterstützung der „imitation-coutume". Das flutet einher wie ein Bergstrom, und es müssen ganz besondere Verhältnisse vorliegen, wenn ein Kleinstaat nicht mitgerissen werden soll, und wo es dennoch nicht geschieht, wie in Genf am 22. März 1896, da hält es schwer, den Erfolg nicht zu beklagen.[2])

Damit soll nun nicht etwa in Abrede gestellt werden, dass auch lokale Verhältnisse und Entwicklungen der kriminalpolitischen Bedürfnisfrage gerufen. Die erfreuliche Abnahme der Verbrechen im Kanton Zürich machte sich ausschliesslich bei den Vermögensverbrechen geltend, während die Verbrechen gegen die Person und darunter hauptsächlich diejenigen gegen die Sittlichkeit und Verbrechen, die mit der Unsittlichkeit zusammenhängen, eine, wenn auch kleine, so doch immerhin messbare Zunahme erzeigten.[3]) Da ist ja stets das nächste, wenn auch nicht immer das beste Mittel das stärkere Anziehen der strafrechtlichen Zügel. Wenn nun auch hier wiederum der grössere Teil der Verbrechenszahlen, Kuppelei und Verbreitung unsittlicher Schriften, weniger ein Bild des Standes des Verbrechertums geben, als ein solches von der Thätigkeit der Polizei, so muss doch zugegeben werden, dass das Überhandnehmen von Übelständen gewöhnlich die Ursache der gesteigerten Polizeithätigkeit zu sein pflegt. Im Kanton Zürich erheischte insbesondere das rasche Anwachsen der Hauptstadt besondere Vorkehren, wenn man dem Anwachsen auch der Gefahren gegenüber nicht von vornherein kapitulieren wollte.[4])

Die Initiative wurde schon am 28. Oktober 1895 vom Kantonsrat dem Regierungsrate zur Stellung von Bericht und Antrag überwiesen, und der Regierungsrat beauftragte seinerseits die Justiz- und Polizeidirektion (Regierungsrat Nägeli). Diese veranlasste nun vorerst die Gutachten einer Reihe von Verwaltungs- und Gerichtsstellen des Kantons. Einige äusserten sich kurzweg zustimmend, andere verneinten aus verschiedenen Gründen die Notwendigkeit einer Gesetzesrevision. Die Bordellfrage erklärten die meisten Behörden der Landbezirke als eine rein städtische Polizeisache, die Stadtbehörde Winterthur verhielt sich der Aufhebung der Bordelle gegenüber entschieden ablehnend. Initiative und Gutachten wurden sodann vom Justizdirektor einer engern Kommission vorgelegt, bestehend aus den Herren Oberrichter Kronauer, Staatsanwalt Koller, Strafanstaltsdirektor Dr. Curti und dem unterzeichneten Berichterstatter. Die Kommission beschloss, dem Regierungsrate zu Handen des Kantonsrates einen wesentlich auf Grundlage der Initiative aufgebauten Gegenvorschlag zu beliehen, und sie stellte auch dessen Wortlaut fest. Die einfache Ablehnung der Initiative, etwa im Hinblick auf die

---

[1]) „Wissenschaft und Sittlichkeit. Ein Wort an die männliche Jugend." Vortrag von Dr. A. Herzen, Professor der Physiologie an der Universität Lausanne. Lausanne 1896.

[2]) Vgl. diese Zeitschrift, Bd. IX, S. 157: „Proxénétisme et liberté individuelle."

[3]) *Zürcher* und *Sträuli*, Grundlagen und Ergebnisse der Statistik der Rechtspflege im Kanton Zürich, S. 140. Damit übereinstimmend *Meyer* in *Elsters* staatswissenschaftlichen Studien, Bd. V, Heft 5.

[4]) Vgl. den motivierten Beschluss des Stadtrates Zürich vom 4. September 1894, abgedruckt in dieser Zeitschrift, Bd. VII, S. 477, und dazu die Notizen, Bd. IX, S. 511.

bevorstehende Vereinheitlichung des Strafrechtes, schien von vornherein ausgeschlossen; das Volk will in seinen Abstimmungen grundsätzlich Stellung zu den ihm vorgelegten Fragen nehmen, und zu einer grundsätzlichen Bekämpfung der leitenden Ideen der Initiative hätte sich die Kommission noch viel weniger entschliessen können. Dabei wurde allerdings auch die Frage einer Totalrevision des Strafgesetzbuches aufgeworfen, dessen Revisionsbedürftigkeit in verschiedenen andern Richtungen nicht wohl in Abrede zu stellen war. Eine eventuelle Anregung ging dahin, den schweizerischen Vorentwurf zur Grundlage dieser Revision zu nehmen, wobei die Überarbeitung lediglich zum Zwecke hätte, den Entwurf den Bedürfnissen eines kantonalen Strafrechtes des Kantons Zürich anzupassen. Der Ausführung dieser Anregung stand indessen schon die Kürze der Zeitfrist, welche Verfassung und Gesetz für die Behandlung von Initiativbegehren gesetzt hat, entgegen.

Mit Bericht vom 3. November 1896[1]) unterbreitete der Regierungsrat den Gegenvorschlag dem Kantonsrate, der ihn seinerseits wiederum einer Kommission überwies und im Monat März dieses Jahres nach einlässlicher Beratung feststellte, grundsätzlich den Anschauungen des Regierungsrates beipflichtend, aber im einzelnen Abänderungen und Ergänzungen, vielfach im Sinne der Verschärfung, vornehmend. In andern Richtungen dagegen sind durch Streichungen der hohen Minima der Initiative die Strafbestimmungen in bessere Übereinstimmung mit dem System des bisherigen Strafgesetzbuches gebracht. Die Urheber des Initiativvorschlages und der Unterschriftensammlung haben seither verlauten lassen, sie werden den Initianten Zustimmung zum Gegenvorschlage empfehlen.

Mit Bezug auf die Einzelbestimmungen des Gegenvorschlags (G.) seien uns einige beleuchtende Bemerkungen, insbesondere über das Verhältnis zum Vorentwurf (V.) eines schweizerischen Strafgesetzbuches, gestattet.

Eine erste Gruppe von Bestimmungen beschlägt den *Schutz der geschlechtlichen Freiheit und Ehre der Frauen und die Unantastbarkeit der Kinder*. Es sind dies die §§ 111, 113, 116 *a* des Gegenvorschlags, auf dessen Wortlaut im Anhang dieses Heftes der Zeitschrift wiederholt verwiesen wird. Der Vorentwurf behandelt diese Thatbestände (Art. 107—115) in der Weise, dass fast durchweg das „attentat à la pudeur", die Vornahme unzüchtiger Handlungen als Hauptthatbestand bezeichnet wird, der Beischlaf als ausgezeichneter Thatbestand, so Art. 109 und 108, 110, Al. 1 und 2, 112, erster und zweiter Satz, 113, Al. 2, Satz 1 und 2. Das zürcherische Strafgesetzbuch[2]) dagegen hat unter die entsprechenden Verbrechensbegriffe nur Beischlaf, ausnahmsweise auch beischlafsähnliche Handlungen (Notzucht an Kindern) eingereiht. Die übrigen, vom Vorentwurf erwähnten Angriffe auf weibliche Personen sind daher nach zürcherischem Rechte nur dann strafbar, wenn besondere Schutzpflichten (§ 116, litt. *a*)[3]) oder der öffentliche Anstand und die Rücksicht auf das Kindesalter (§ 123 mit seinen Anhängseln) verletzt worden sind. Nicht ausgeschlossen ist in andern Fällen die Möglichkeit für die beleidigte Frauensperson, auf dem Wege der Ehrverletzungsklage sich Genugthuung zu verschaffen. Der Gegenvorschlag schliesst sich als Abänderungsgesetz dem System des bestehenden Rechtes in den oben angeführten §§ durchaus an. Diese Betrachtung ist nicht unwichtig; denn nur aus ihr ergiebt sich, dass der in G., §§ 113, 116 *a*, gebrauchte Ausdruck „Unzucht" gleichbedeutend ist mit „Bei-

[1]) Amtsblatt des Kantons Zürich. Textteil (1896), S. 953.
[2]) Vierter Titel. Abgedruckt in dieser Zeitschrift VIII, S. 200.
[3]) Vgl. *Benz*, das Strafgesetzbuch für den Kt. Zürich, erläutert. § 116, Anmerk. 1.

schlaf". Eine andere Ansicht trat in den vorberatenden Kommissionen nie zu Tage; richtiger wäre es wohl gewesen, mit V., Art. 111, 115, den Beischlaf zu nennen, nachdem man sich doch einmal über den Standpunkt hinweggesetzt, dass auch dem Strafgesetzgeber ein gewisser Schleier der Schamhaftigkeit zieme. Im übrigen stimmt der Gegenvorschlag nach allen wesentlichen Richtungen mit dem Vorentwurfe überein.

Einmal in § 111, G. (Art. 112, V.): Die Untersuchung der Geschlechtsreife wird ersetzt durch Feststellung des Alters, und zwar ist die Altersgrenze übereinstimmend auf das zurückgelegte 15. Altersjahr angesetzt; geschützt ist somit noch das 14 Jahre und 364 Tage alte Kind. Dass dieses Alter des Opfers Thatbestandsmerkmal und nicht blosse Bedingung der Strafbarkeit sei, ist im Gegenvorschlag nun deutlich gesagt; dabei war es aber durchaus angezeigt, gleichwie bei der Hehlerei, nach der Richtung dieses Thatbestandsmerkmals auch die Fahrlässigkeit unter Strafe zu stellen.

Dem Thatbestande der Schändung (Zürch. Strafg., 112), oder wie der Vorentwurf (Art. 110) sagt, der schweren Schändung, haben Initiative und Gegenvorschlag einen weniger schweren Thatbestand angegliedert. Der Schutz der Schwachsinnigen und anderer mangelhaft entwickelter Personen gegen geschlechtlichen Missbrauch schien nicht nur eine Pflicht gegenüber diesen Schutzbedürftigen zu sein, sondern auch im Interesse des Staates, das er an einem gesunden und kräftigen Nachwuchse hat, zu liegen.[1]) Der Thatbestand ist in den beiden Vorlagen (G., § 113 [neu] und V., Art. 111) nicht gleich gefasst; der Vorentwurf stellt es einzig auf die verminderte Thätigkeit des Widerstandes ab und zählt daher neben der erheblichen Beeinträchtigung der geistigen Gesundheit und des Bewusstseins noch jede andere Thätigkeit des Widerstandes auf; der Gegenvorschlag bringt neben den beiden erstgenannten Voraussetzungen noch die offensichtlich mangelhafte Entwicklung, was sowohl auf geistige wie körperliche Entwicklung bezogen werden muss. In der That hat der geschlechtliche Missbrauch unförmlicher Zwerge zur Erzeugung von Schaubudenobjekten die tiefste Empörung erregt und ist als ein schweres Verbrechen empfunden worden. Allerdings bildet die körperlich mangelhafte Entwicklung keinen Eheeinsprachegrund, aber wenn das Gesetz die Interessen der Bevölkerungspolitik auch nicht ausreichend zu wahren vermag, so kann es doch das eine Opfer wenigstens einigermassen schützen. Die Strafandrohungen im Vorentwurf sind schärfere als die des Gegenvorschlags, dagegen sind die letztern schwerere, als die Initiative sie vorgesehen. Es ist mit der Möglichkeit zu rechnen, dass die Geschwornen in Zukunft der Neigung verfallen werden, in Fällen, die nicht gerade als sehr schwer empfunden werden, die eventuelle (Hülfs-) Frage nach § 113 statt der Hauptfrage nach § 112 zu bejahen, weshalb für solche Grenzfälle der Strafrahmen des § 113 bis zum Anschluss an denjenigen des § 112 zu erweitern war.

Endlich hat der Gegenvorschlag in § 116 *a*, der sich unmittelbar an § 116, Verführung von Pflegebefohlenen zur Unzucht, anschliesst, einen Strafthatbestand aufgenommen, der mit dem Thatbestande von Art. 115 des Vorentwurfs denjenigen der Verführung der geschlechtlichen Unerfahrenheit einer Minderjährigen (Art. 102 des Vorentwurfs vom 1. August 1894) verbindet. Trotz der äussern Nähe stehen die §§ 116 und 116 *a* keineswegs im Verhältnis vom qualifizierten zum einfachen Thatbestand, die Fälle des § 116 *a* liegen vielmehr regelmässig auf

[1]) Vgl. *Kronauer*, die Sittlichkeitsvergehen nach Zürcher Strafrecht. Zeitschrift, Bd. V (1892), S. 210.

ganz andern Gebieten als die des § 116, nur der Gedanke des Schutzes gegen Missbrauch eines rechtlichen oder socialen oder intellektuellen Übergewichts zu schnöder Ausbeutung ist ihnen gemeinsam.

Der neue § 113 des Gegenvorschlages ist an Stelle eines Paragraphen getreten, der die Notzucht- und Schändungsverbrechen zu Antragsdelikten stempelte. Das Antragserfordernis ist somit gestrichen; zur Begründung mag einerseits auf den oben erwähnten Aufsatz von *Kronauer*, anderseits auf die Verhandlungen der Expertenkommission über die einschlägigen Artikel des Vorentwurfes verwiesen werden.

Die zweite Gruppe des Paragraphen des Gegenvorschlags betrifft *Kuppelei* und *Prostitution*. Die Neuerung besteht hauptsächlich in der Aufhebung der Möglichkeit, welche bisher den Gemeindebehörden eingeräumt war, Bordelle zu dulden, durch Streichung des zweiten Absatzes im bisherigen § 122. Dieser Standpunkt, der insbesondere auch der Standpunkt des Stadtrates von Zürich war (s. Bd. VII dieser Zeitschrift, S. 477), wurde im Kantonsrate nicht sehr nachhaltig bekämpft, und um der Einwendung zu begegnen, dass die Aufhebung der öffentlichen Häuser die Winkel- und Strassenprostitution hervorrufen werde, wurde der frische, fröhliche Kampf gegen die Prostitution überhaupt unternommen (§§ 112 *b*, 123 *d*). „Qui trop embrasse, mal étreint."

Was zunächst die Behandlung der Kuppelei anbetrifft, stehen Gegenvorschlag und Vorentwurf grundsätzlich auf dem gleichen Boden. Dagegen hat das Bestreben, sich dem bestehenden Strafgesetzbuche anzupassen, zu einer abweichenden Anordnung des Stoffes geführt.

G., § 121, entspricht dem Wortlaute des bisherigen § 121, mit Ausmerzung der Gewerbsmässigkeit; er umschreibt daher den Thatbestand der einfachen Kuppelei. Von Art. 116, V., weicht er nach zwei Richtungen ab. Das kantonale Recht behandelt auch die Begünstigung nicht gewerbsmässiger Unzucht, also jede eigennützige Vorschubleistung mit Bezug auf einen ausserehelichen Umgang, als strafbare Kuppelei; der Vorentwurf setzt gewerbsmässige Unzucht voraus. Deshalb konnte dann auch Art. 116, V., die Bestrafung des Zuhältertums (lex Heinze)[1] mit aufnehmen, § 121, G., dagegen nicht.

G., 121 *a*, fasst die verschiedenen Formen der gewerbsmässigen Kuppelei, Bordellhaltung und Mädchenhandel als qualifizierte Kuppelei zusammen, während § 122 besondere Auszeichnungsgründe für alle Fälle der §§ 121, 121 *a* aufzählt, durchaus nach dem Wortlaute des bisherigen § 122, Absatz 1, wobei nur eine leichte Redaktionsänderung ausser Zweifel stellen soll, dass die Auszeichnungsgründe auch bei den verschiedenen Formen des Mädchenhandels anwendbar sind. Gegenüber dem Initiativvorschlag sind die Strafandrohungen wesentlich ermässigt, sie sind vielleicht dadurch nur um so ernsthafter geworden. Mit Recht hat im Rate Herr Otto Lang auch darauf hingewiesen, dass durch die Einführung des Gesetzes die Kuppelei einen andern Charakter erhalten werde, indem an Stelle des Grossbetriebs der Bordelle Fälle treten werden, da Hausfrauen in der äussersten Not des Kampfes um das tägliche Brot der Versuchung eines solchen Erwerbes erliegen werden.

Das Zuhältertum ist Gegenstand des § 122 *a*, damit wird verbunden der Thatbestand der Verkupplung der Ehefrau, beziehungsweise jenes oft vorkommende Verhältnis, dass die Weibsperson sich einen Ehemann lediglich zu dem Zwecke antrauen liess, um durch sein Bürgerrecht gegen Ausweisung sichergestellt zu

[1] Vgl. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. XIII, S. 537.

werden. Der Vorentwurf hält die beiden Thatbestände in Art. 116, zweiter Absatz, und Art. 119 auseinander; anderseits enthält Art. 119 weitere Thatbestände, welche der zürcherische Gesetzgeber in § 122 *b* treffen will.

Dass die Bekämpfung der Bordelle auch Strafandrohungen gegen denjenigen erheischt, der sein Haus für die Betreibung eines solchen vermietet, lag klar zu Tage (vgl. V., Art. 117, letzter Absatz); dieselben Strafen aber auch für Vermietung von Zimmern an Einzeldirnen, für die blosse Duldung der Unzucht in den eigenen Räumen, anzudrohen (§ 122 *b*), bedeutet eben jenen Schritt zum Kampfe gegen jede Prostitution, den die Expertenkommission des Vorentwurfes seiner Zeit mit guten Gründen abgelehnt hat. (Protokoll, Bd. II, S. 195.) In dieser Richtung bewegt sich, wie schon bemerkt, auch § 123 *d*, der natürlich weit über das hinausgeht, was der Vorentwurf in Art. 120 als gröbliche und öffentliche Verletzung des geschlechtlichen Anstandes bestraft wissen will. Die „Haft", ein Ausdruck, der der bisherigen Polizeistrafgesetzgebung des Kantons Zürich fremd war und etwa dem Polizeiarrest entsprechen wird, wird durch Entscheid der Gemeindepolizeibehörde (Gemeinderat oder — nach Massgabe der Gemeindeordnung — der Polizeivorstand des Gemeinderates) verhängt. Die Redaktionskommission des Kantonsrates gab dazu die Erklärung, dass nach dem Stande der zürcherischen Gesetzgebung die Anrufung der Gerichte gegen einen solchen Entscheid ausgeschlossen sei, dass aber die Disciplinarbeschwerde an die Oberbehörde offen bleibe. Durch Absatz 2 soll die staatliche Organisation des bisher durch einzelne Vereine freiwillig betriebenen Rettungswerkes angebahnt werden. Allerdings will der Kanton sein Geld nur an Kantonsbürgerinnen wagen; gegen Schweizerbürgerinnen aus andern Kantonen käme der polizeiliche Entzug der Niederlassung zur Anwendung. Möge der Erfolg in einigem Verhältnisse zu den aufgewendeten Mitteln stehen. Wer allerdings die Mittel aufzubringen habe, ob der Kanton oder die Gemeinde, ist nicht gesagt; die Verweisung auf das Gesetz über Korrektionsanstalten bedeutet aber die Inanspruchnahme der Armengemeinde, soweit nicht die Verurteilte selber oder unterstützungspflichtige Verwandte in Anspruch genommen werden können. Damit ist allerdings der Bestimmung die praktische Spitze abgebrochen.

Endlich die dritte Gruppe. Die Bestimmungen derselben lehnen sich an den bisherigen § 123 an, der das Verbrechen der *Erregung öffentlichen Ärgernisses* behandelt, einen Thatbestand, der den Charakter des Gefährdungsdeliktes im Verhältnisse zu allen früher aufgezählten Thatbeständen trägt. Auch in dieser Gruppe bringt der Gegenvorschlag bei innerer Anlehnung an den Vorentwurf eine abweichende äussere Anordnung des Stoffes, um eben den Anschluss an das bisherige Recht nicht aufzugeben.

Der bisherige § 123 enthielt drei Thatbestände:

a. Erregung öffentlichen Ärgernisses durch unzüchtige Handlungen.
b. Vornahme unzüchtiger Handlungen *vor* Kindern (und damit auch *an* Kindern).
c. Verbreitung unzüchtiger Schriften.

Der zweite dieser Thatbestände ist im Sinne der soeben gegebenen Auslegung etwas anders gefasst worden, es sind die Thatbestände des Art. 112, V., mit Ausschluss der beischlafsähnlichen Handlungen (§ 111, G.). Der dritte Thatbestand ist wörtlich hinübergenommen; über das Schicksal des ersten Thatbestandes folgendes:

In einer Eingabe, datiert den 25. März 1897, wandte sich das Obergericht an den Kantonsrat mit einem Antrage auf Abänderung dieser Strafbestimmung, und zwar in der Weise, dass zunächst der Thatbestand auf die öffentliche Be-

gehnng unzüchtiger Handlungen eingeschränkt und die weitern Handlnngen, die bisher unter diesem Titel verfolgt wurden, ausdrücklich nmschrieben würden, so die nnzüchtigen Handlungen des Arztes gegenüber seinen Patienten und die widernatürliche Unzucbt. Die Begründnng liegt in dem, was Kronauer im V. Band dieser Zeitschrift ausgeführt, und in den Bemerkungen zum kassationsgerichtlichen Urteil in Sachen Meyer, in diesem Hefte der Zeitschrift.

So bringt nun der Gegenvorschlag

in § 123, erster Satz, einen Thatbestand, der Art. 120, V., entspricht;

in § 123 *a* das Vergehen von Ärzten entsprechend dem Vorschlage von *Stooss*, in dieser Zeitschrift, Bd. IX, S. 228, woranf anch das Obergericht verwiesen batte;

nnd in § 123 *b* Strafbestimmnngen gegen widernatürliche Unzucht und Kuppelei zn solcher. Dem Wortlaute nach sind darunter zn verstehen beischlafsähnliche Handlungen zwischen Menschen gleichen Geschlechtes, sowie zwischen Menschen und Tieren, wie anch Leichenschändung, also weit über Art. 124, 125, V., binans. Man kann diese Rückkehr zur alten Gesetzestechnik und Gesetzgebnngspolitik bedauern; anderseits ist es begreiflich, dass in einer Zeit, da das Strafgesetz den natürlich Fühlenden strenge Enthaltsamkeit vorschreibt, auch die Freiheit Konträrsexualer beschränkt wird; zur Liebe werden sie damit immer noch nicht gezwungen, nur zu einer Enthaltsamkeit, die ihnen jedenfalls so zuträglich sein wird, wie den normalen Menschen.

§ 123 *c* entspricht Art. 233 des Vorentwnrfes. Der allgemeiner gehaltene Wortlaut giebt der Verfolgung auch da Ranm, wo die Provokation von Frauen ausgeht oder die Befriedigung der in § 123 *b* reprobierten Triebe znm Zwecke hat. Diese Thatbestände sind durch den Gegenvorschlag nach dem Beispiel des Vorentwurfes dem Polizeistrafrecbt überwiesen.

Endlich enthält § 123 *e* eine Bestimmnng, die wir in allgemeinerer Form und Anwendnng in Art. 35 des Vorentwurfes finden. Diese Bestimmung, wie im Grunde anch diejenige von § 123 *d*, Absatz 2, zeigt, dass der Zweckstrafe nnd den Vorbeugnngsmassregeln in den Kreisen sachverständiger Praktiker nnd Gesetzgeber in erfreulicher Weise Interesse nnd Verständnis entgegengebracht wird.

Zürcher.

Tessin. Das siebente Heft des „Repertorio di giurisprudenza patria", von Colombi und Gabuzzi, XVII. Jahrgang der II. Serie, bringt einen Auszng ans den Geschäftsberichten über die Verwaltnng der Strafgerichtsbarkeit im Kanton Tessin während des Jahres 1896. Diese Auszüge beanspruchen insofern ein allgemeines Interesse, als sie sich über *die Erfahrungen mit dem neu eingeführten Schöffengerichtssystem* [1]) anssprechen.

Der Vorsteher des Justizdepartements hält dafür, dass zur Zeit noch die Gutachten recht verschieden lauten würden, insbesondere scheinen anch im Tessin die Volksrichter vor der Gefahr nicht ganz sicher zu sein, mit der Angel einer wohlfeilen Beredsamkeit der Verteidiger sich fangen zu lassen. Indessen misst er der Institution eine hohe volkserzieherische Bedeutung bei, die Fehler und Mängel werden verschwinden, und durch die Teilnahme an der Strafrechtspflege wird in den Schöffen selber das Gefühl der Verantwortlichkeit, das sie über den unseligen Parteigeist erhebt, geweckt und gestärkt, dann aber auch in den weitesten Volksschichten Moral und Sitte gehoben nnd verbessert.

[1]) Vgl. *Gautier*, les nouvelles lois tessinoises sur l'organisation judiciaire et la procédure en matière pénale, in dieser Zeitschrift, Bd. VIII, S. 255, und ausser der dort citierten Litteratur: La nuova procedura penale ticinese im „Repertorio", Bd. XVI, S. 1.

Entschiedener mit Bezug auf die Gegenwart spricht sich der Präsident der Kriminalkammer, Brenno Bertoni, aus:

„Ein Jahr der Erprobung ist zwar ein zu kurzer Zeitraum, um ein endgültiges Urteil abzugeben. Aber soviel ich im abgelaufenen Jahre beobachten konnte, muss ich sagen, ich bin mehr als befriedigt durch die Mitarbeit der Geschwornen-Beisitzer. Ich schicke voraus, dass ich dieses Ergebnis insbesondere der Qualität der Geschworenen zuschreibe, die für die erste sechsjährige Amtsdauer gewählt worden sind. Diese Qualität steht, was ich sehen konnte, weit über dem Mittel der Geschworenen, die in den Jahren 1855 bis 1883 in Funktion traten, und auch über dem Mittel, das in andern Ländern mittelst Auslosung aus der Liste der Steuerzahler gewonnen wird.

Die Mithülfe der Geschwornen-Beisitzer ist nach verschiedenen Richtungen von Nutzen:

In erster Linie hat die grössere Zahl von Personen, von denen jede ihre Eindrücke mitzuteilen hat, für den Richter etwas Beruhigendes; er wird vor Abwegen gewarnt, in allen Fällen benimmt ihm die Anteilnahme mehrerer an der Verantwortlichkeit das allzu Drückende derselben. Das zeigt sich insbesondere in Fällen, in denen die Würdigung der Beweise und Thatsachen besonders schwierig ist, wo insbesondere der gelehrte Richter zaghaft und der eigenen Eingebung gegenüber misstrauisch zu werden pflegt.

Sodann habe ich in verschiedenen Fällen erfahren, wie nützlich die Mitwirkung der Schöffen ist, wenn sie technische Kenntnisse für die Lösung der Aufgabe mitbringen, was insbesondere beim ärztlichen Stande der Fall ist, dessen öftere und zahlreiche Vertretung auf der Geschwornenbank von unschätzbarem Werte ist. In einem Prozesse, in welchem es sich ausschliesslich um den Geisteszustand und die Verantwortlichkeit eines Angeklagten handelte, sassen als Geschworne drei Ärzte, zwei Advokaten, ein Journalist und zwei Kaufleute. In einem Prozesse betreffend Unterschlagung — es war eine seit längerer Zeit in Unordnung geratene Gemeindeverwaltung im Spiele — sassen drei Buchhalter, ein Ingenieur, ein Arzt, ein Advokat und verschiedene angesehene und sachverständige Personen. Zwei Ärzte und ein hervorragender Anwalt sassen in einem Falle von Totschlag, in welchem die Frage der Zurechnungsfähigkeit gestellt wurde. Ebenso drei Ärzte in einem Totschlagfall, in welchem die Verteidigung Verschulden und Kausalzusammenhang bestritt und Zufall vorschützte. Diese Beispiele könnten vermehrt werden.

Und dann etwas, was von denjenigen, welche sich mit den grossen Fragen, die sich heute dem Kriminalisten aufdrängen, nicht eingehender beschäftigen, weniger bemerkt wird. Es besteht die Bedeutung und der hauptsächlichste Vorteil des Schöffengerichtes darin, dass das Rechtsgefühl des Volkes in ihnen zur Geltung kommt, welches Rechtsgefühl nicht immer mit der aus der Wissenschaft geschöpften Rechtsüberzeugung übereinstimmt. Für mich steht es ausser Zweifel, dass die Strafrechtswissenschaft noch weit davon entfernt ist, eine sichere Grundlage erworben zu haben, die allgemein anerkannt ist; so wenig als die bisher anerkannten Grundlagen sichere sind. Dieses Gefühl kann in gegebenen Augenblicken ungemein peinlich berühren, weil es dem entsetzlichen Zweifel Raum giebt, ob man nicht, ohne es zu wollen, dem Bösen diene, statt dem Guten. Da kommt nun, auch in Rechtsfragen, das natürliche Rechtsgefühl, von welchem gebildete und angesehene Volksrichter Zeugnis geben, dem denkenden Verstand zu Hülfe, wie das moralische oder religiöse Fühlen Rettung bringt, wenn die Vernunft ratlos dasteht, weil ihr die Sachlage nicht klar ist.

Der hauptsächlichste Vorwurf, der unserm Schwurgerichte alten Stils gemacht werden konnte, war die Schwierigkeit für die Geschwornen, sich in den Begriffsbestimmungen des Strafgesetzbuches zurechtzufinden, woraus Verwirrung und Widersprüche entstunden. Die Anwesenheit der Mitglieder des Gerichtshofes hebt nun diese Schwierigkeit, ohne dass es eines besondern Druckes auf die Geschwornen bedürfte; ein Wort, eine kurze Einwendung bringt sie auf den richtigen Weg zurück, und sie legen mit grösster Klarheit die empfangenen Eindrücke dar.

Immerhin ist an den Vorsitzenden die Anforderung zu stellen, dass er mit Geduld und Takt die geistige Verfassung jedes einzelnen Geschwornen und Richters zu ergründen trachte. Ich zweifle nicht, dass da, wo der Präsident, sei es aus Widerwillen gegen die neue Einrichtung oder aus Mangel an Verständnis, die Geschwornen in der Form in Anfrage setzt, wie das in einem Kollegium von Juristen geschehen würde, die Institution ihren Zweck nicht erreichen wird. Regeln zu diesem Behufe lassen sich nicht aufstellen, alles hängt von den Umständen ab. Ich für mich pflege, nachdem die Fragen aufgestellt und erläutert worden sind, eine Vorbesprechung zu veranlassen, bei welcher, ohne irgendwie der Abstimmung zu präjudizieren, in vertraulicher Weise die Sache besprochen wird. Wenn dann bei den einzelnen die Eindrücke der Verhandlungen sich zum klaren Bewusstsein durchgearbeitet zu haben scheinen, wird zur förmlichen Beratung der einzelnen Fragen übergegangen, und dabei werden dann auch allfällig auftauchende Missverständnisse juristischer Natur aufgeklärt."

Der Präsident des Bezirksgerichtes Lugano beklagt sich in seinem kurzen Berichte einmal darüber, dass das Gesetz auch für die unbedeutendsten Fälle die Ausarbeitung von Urteilsgründen verlange, während doch das Gericht nach freiem richterlichem Ermessen urteile, und sodann liegt ihm die Mitwirkung praktizierender Anwälte im Schöffengericht gar nicht recht. Sie bilden in einzelnen Fällen mit den ständigen Richtern eine Mehrheit, welche vermöge der juristischen Kenntnisse, oft aus Berufsinteresse, jenes natürliche Rechtsbewusstsein, das durch die Mitwirkung der Geschwornen zur Geltung kommen sollte, erstickt.

Die Redaktion des „Repertorio" verwahrt sich gegen diese letztere Ansicht. Man braucht auch nicht mit allen übrigen Meinungsäusserungen einverstanden zu sein, um in ihnen doch einen wertvollen Beitrag zu der neuerdings brennenden Frage der Schwur- und Schöffengerichte zu erblicken. Besondere Wichtigkeit messen wir dem Hinweis auf die Nutzbarmachung besonderer technischer Kenntnisse und Erfahrungen der Geschwornen bei. In der organischen Einfügung des zur Zeit nur zufällig sich darbietenden Sachverständigenelementes, in der Fachjury, scheint uns die grosse Aufgabe der Prozessreform zu liegen. Wertvoll sind übrigens auch die weitern Urteile des Berichtes, die einstimmig den Neuerungen, bestehend in der Abschaffung der Anklagekammer und Übertragung der Leitung der Untersuchung an die Staatsanwaltschaft, grosse Anerkennung spenden und die viel raschere Abwicklung der Strafsachen auf ihre Rechnung setzen.

Die Prozess-Statistik wird als dürftig und nicht übermässig zuversichtlich geschildert. Wir entnehmen ihr folgende Zahlen: Bei den Staatsanwälten liefen ein 1264 Anzeigen, das Verfahren wurde eingestellt in 566 Fällen, 113 führten zur Anklage, unerledigt blieben beim Jahresschluss 585. An die Untersuchungsrichter gelangten 439 Sachen, 429 wurden erledigt, 10 blieben unerledigt. Die Bezirksassisen hielten 105 Sitzungen ab, von den kantonalen Assisen wurden 16 Prozesse verhandelt, von denen 11 mit Verurteilung, 4 mit Freisprechung und einer mit Freisprechung und Einweisung des Freigesprochenen in ein Irrenhaus endigten.

Z.

Vaud. Loi du 20 novembre 1896.[1]) En 1893, le Grand Conseil avait renvoyé à l'examen du Conseil d'Etat une motion de M. le député Näf, tendant à la revision de certains articles du Code pénal, relatifs aux délits contre les mœurs. La question fut soumise à une commission législative; le projet élaboré par celle-ci a été adopté par le Grand Conseil avec quelques modifications de détail; d'autre part, en ce qui concerne la pénalité, le Grand Conseil a apporté au projet primitif un changement profond, ne cadrant nullement avec le caractère général du Code pénal et prêtant sérieusement le flanc à la critique.

La plupart des législations pénales admet deux peines privatives de liberté coordonnées: la réclusion et l'emprisonnement; celui-ci, avec un minimum très bas, tandis que la réclusion, réservée aux délits graves, a un minimum déjà élevé. Le Code pénal vaudois, au contraire, a fait de la réclusion et de l'emprisonnement deux peines parallèles, ayant toutes deux le même minimum d'*un jour*. A l'occasion de la discussion sur le projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne les délits contre les mœurs, la commission du Grand Conseil proposa de supprimer tout minimum spécial dans les dispositions pénales revisées; on invoqua en particulier le fait que le Code pénal neuchâtelois et le projet suisse avaient procédé ainsi, sans prendre garde que ces deux codes prévoient pour la réclusion un minimum général d'*un an*. Le Grand Conseil entra dans ces vues et supprima les minima spéciaux prévus; on pourra donc voir un condamné pour viol subir un jour de réclusion, tandis qu'un maraudeur ayant soustrait des fruits d'une valeur de 15 frs. sera condamné à dix jour de réclusion au moins.

Il est donc regrettable que, sur une discussion portant sur certains délits, soit venue se greffer une autre discussion d'une portée plus générale; on pouvait soutenir qu'il convenait de réduire certains minima, et il eut mieux valu alors inviter le Conseil d'Etat à procéder à une refonte complète du Code pénal.

Les modifications introduites par la loi du 20 novembre 1896 ont porté sur les points suivants:

L'art. 195 a trait à l'outrage public aux mœurs par des propos ou des actions obscènes; on s'est borné ici à aggraver la peine souvent dérisoire, prévue par l'article primitif.

L'art. 197 du code punissait la prostitution en elle-même; on comprend, sans qu'il soit nécessaire d'insister, les difficultés d'application et l'arbitraire résultant de cette disposition. La commission législative était partie de l'idée que la prostitution ne constituait point un délit, mais qu'il fallait atteindre les manifestations publiques et extérieures de la prostitution, le raccolage, sans s'attacher à la question d'habitude qui n'a rien à faire avec le scandale causé; le Grand Conseil, au contraire, a introduit dans la définition du délit la notion de l'habitude. La peine est l'internement dans une colonie agricole ou professionnelle de 6 mois à 3 ans. Depuis plusieurs années déjà, il était question de créer pour les femmes condamnées pour mendicité, vagabondage, etc., une colonie analogue à celles déjà existantes pour les condamnés hommes; cette colonie a été installée dès le mois de janvier 1897 dans une propriété acquise dans ce but près de Rolle.

L'art. 198 du Code pénal, réprimant la favorisation de la débauche, avait donné lieu à controverse; sa rédaction permettait de l'appliquer non seulement à celui qui favorise la débauche d'autrui, mais aussi à celui qui corromp pour son propre compte, en dehors de la séduction de mineur prévu à l'art. 205, et la jurisprudence

---

[1]) Voir le texte dans le supplément, page 267.

avait parfois admis cette interprétation extensive. La nouvelle rédaction tranche la controverse en mentionnant uniquement la débauche d'autrui; elle permet en outre d'atteindre l'industrie du souteneur qu'il était difficile de faire rentrer sous le coup de l'ancienne disposition.

L'art. 199, relatif au viol, et l'art. 200, relatif à l'attentat à la pudeur, ont été complétés par une disposition nouvelle, dont l'absence avait été maintes fois regrettée. Le viol et l'attentat à la pudeur supposent l'emploi de la violence pour abuser de la victime; mais, si la victime est dans un état d'irresponsabilité morale ou d'inconscience, la répression devenait impossible; il y avait là une lacune que la commission législative avait entendu combler; mais ici encore le Grand Conseil a énervé la répression par l'adoption d'un amendement proposé par sa commission. Les auteurs du projet avaient assimilé au viol, en réduisant cependant la peine, le fait d'abuser, connaissant sa situation, d'une personne en état d'idiotie, d'aliénation mentale ou d'inconscience; ils avaient introduit une notion semblable et corrélative à l'occasion de l'attentat à la pudeur avec violence. Le Grand Conseil a ajouté au mot: inconscience, le qualificatif *„procurés artificiellement"*. On ne pourra donc pas plus qu'avant punir celui qui commet un viol ou un attentat à la pudeur sur une femme en état de sommeil naturel, d'évanouissement, de catalepsie, etc., dont on connaît des exemples.

Mais, le fait de priver par *des moyens artificiels* une personne de l'usage de ses sens était déjà considéré par l'art. 201 comme une circonstance aggravante du délit; on introduit maintenant cette notion comme élément constitutif du délit; il y a là une contradiction, une antinomie qu'aucun des criminalistes du Grand Conseil n'a fait remarquer et qui pourra donner lieu à controverse.

Enfin, l'âge de protection de la jeune fille a été porté de 12 à 14 ans, alors que la commission législative proposait 15 ans. Dès lors, un mouvement se produisit à Lausanne en faveur d'une élévation de cette limite; le 11 février 1897, le Grand Conseil invita le Conseil d'Etat à présenter un projet de loi modifiant sur ce point la loi du 20 november 1896, en fixant à 15 ans l'âge de protection. Enfin, une pétition signée par 35,667 femmes vaudoise vient de demander à élever à 16 ans l'âge de protection; dans sa séance du 12 mai, la pétition a été renvoyée au Conseil d'Etat pour étude et rapport. *Favey.*

Körperliche Strafen in der Schule.

Bern. Am 17. November 1896 richtete das Centralkomitee des bernischen Lehrervereins an den bernischen Grossen Rat das Gesuch, er möchte das bernische Schulgesetz in Bezug auf die Berechtigung des Lehrers zur Anwendung der Körperstrafe in der Schule interpretieren. Der Grosse Rat überwies die Eingabe dem Regierungsrat zum Bericht; die Mehrheit des Regierungsrates erstattete folgenden Bericht und Antrag:

„Durch Eingabe vom 17. November 1896 stellen die Herren Lenenberger und Mürset, namens des Centralkomitees des bernischen Lehrervereins, an den Grossen Rat das Gesuch, diese Behörde möchte das Schulgesetz in Bezug auf die Berechtigung der Lehrer zur Ausübung der Körperstrafe in der Schule interpretieren.

Die Petenten begründen dieses Gesuch damit, dass bei der Beratung des Schulgesetzes im Grossen Rate sich über die Frage des Züchtigungsrechts verschiedene Ansichten geltend gemacht hätten, und dass der Grosse Rat die Frage: „Ist dem Lehrer das Recht der körperlichen Strafe zugestanden oder nicht?" eigentlich nie klar entschieden habe; man habe lediglich beschlossen, dass es besser sei, darüber im Gesetz gar nichts zu sagen, indem man sich am Schlusse der zweiten Beratung (Sitzung vom 23. November 1892) mit der Erklärung des Erziehungsdirektors, es werde dieses Kapitel der körperlichen Strafen in einem eigenen Reglement behandelt werden, begnügte. Da dieses Reglement jedoch, infolge Zurückweisung durch die Vorsteherschaft der Schulsynode, noch nicht in Kraft getreten sei, so erscheine die Lösung dieser Frage durch eine Interpretation des Schulgesetzes durch den Grossen Rat um so dringender, als der Erziehungsdirektor, wie aus mehrfachen Äusserungen hervorgehe, das Recht beanspruche, die Abberufung eines Lehrers, welcher die körperlichen Strafen anwendet, anzubegehren.

Nach Prüfung dieser Angelegenheit haben wir gefunden, dass dem Gesuche des Centralkomitees des bernischen Lehrervereins in der Form, in welcher es gestellt ist, nicht entsprochen werden kann. Nach Art. 26, Ziffer 3, der Staatsverfassung steht nämlich dem Grossen Rate allerdings das Recht zur Interpretation von Gesetzen und Dekreten zu, jedoch offenbar nur, soweit es sich um bestimmte einzelne, einer verschiedenen Auslegung fähige Bestimmungen handelt, nicht aber in dem Sinne, dass er über Fragen, welche das Gesetz gar nicht berührt, durch das Mittel der Interpretation von sich aus ergänzende Bestimmungen dem Gesetze einverleiben oder beifügen dürfte. Der Grosse Rat hat ausdrücklich beschlossen, über die Anwendung von körperlichen Strafen in der Schule im Gesetz nichts zu sagen; somit giebt es hier nichts zu interpretieren.

Muss daher schon aus diesem formellen Grund das Gesuch des Centralkomitees des bernischen Lehrervereins abgewiesen werden, so scheint es uns auch aus sachlichen Gründen nicht notwendig, dass der Grosse Rat in dieser Frage einen theoretischen Entscheid fälle. Denn wir betrachten dieselbe einerseits als eine Frage der Strafgesetzgebung, andrerseits als eine solche der Pädagogik. Nun bestimmt Art. 146 des St. G.:

„Die Bestimmungen des vorhergehenden Artikels über Missbandlung (Artikel 139 ff.) finden auch gegen diejenigen Anwendung, welche jemanden durch augenscheinlichen Missbrauch des Züchtigungsrechts an seinem Körper oder an seiner Gesundheit schädigen."

Das Strafgesetzbuch anerkennt also ein Züchtigungsrecht; und wenn es auch die Personen, denen ein solches zusteht, nicht genauer bezeichnet (auch die Verhandlungen des Grossen Rates bei Beratung des Strafgesetzbuchs in den Jahren 1865 und 1866 geben hierüber keinen Aufschluss), so ist doch mit Sicherheit anzunehmen, dass der Gesetzgeber hierbei nicht allein die Eltern, sondern noch andere Personen, denen eine erzieherische und disciplinarische Aufgabe zugewiesen ist, insbesondere auch die Lehrer, im Auge gehabt habe. Hätte der Gesetzgeber das Züchtigungsrecht ausschliesslich den Eltern zugestehen wollen, dann hätte er in Art 146 St. G. ohne Zweifel dieso genannt und sich nicht bloss allgemein ausgedrückt. Er hat aber sowohl den Eltern wie andern Personen in der Ausübung des Züchtigungsrechts die durch die Gesundheit gebotenen Schranken setzen wollen.

Eine weitere Schranke ist indessen dem vom St. G. in Art. 146 implicite anerkannten Züchtigungsrecht des Lehrers durch die Grundsätze einer gesunden Päda-

gogik gesetzt. Diese begnügt sich nicht damit, nur die der Gesundheit schädlichen Körperstrafen zu verurteilen, sondern sie verlangt vom Lehrer, dass er durch andere Mittel, insbesondere durch seine persönliche Haltung, durch Ernst und Liebe und durch richtige psychologische Behandlung der Schüler die allgemeine Ordnung aufrecht zu erhalten und sich selbst die ihm gebührende Achtung seitens der Schüler zu erwerben verstehe. Es unterliegt keinem Zweifel, dass die tüchtigsten Lehrer der Anwendung körperlicher Strafen am wenigsten bedürfen, während solche, welche dieselben häufig auszuteilen pflegen, sich selbst damit ein Armutszeugnis ausstellen und nur geringe erzieherische Erfolge erzielen können. Wir stehen daher nicht an, nicht allein die gesundheitsschädlichen Körperstrafen, sondern auch diejenigen zu missbilligen, welche aus blosser Ungeduld und Gereiztheit des Lehrers, sowie solche, die gegen schwach begabte, phlegmatisch oder lebhaft veranlagte Schüler, überhaupt für solche Fehler zur Anwendung kommen, welche ebensogut und besser durch andere Disciplinarmittel bekämpft werden, namentlich aber solche Körperstrafen, durch welche der Schüler nur verbittert wird, sowie solche, durch die der Lehrer sich selbst eine Blösse giebt. Immerhin aber pflichten wir denjenigen Vertretern der Erziehungslehre bei, welche die Körperstrafe in der Schule ebensowenig wie im Elternhause vollständig verbieten, sondern dieselbe als ausnahmsweises Disciplinarmittel bei anhaltendem Trotz, Unverschämtheit und Bosheit und bei schwereren Vergehen für zulässig erklären. Die Erfahrung beweist auch, dass selbst in solchen Kantonen und Ländern, in welchen die Anwendung von Körperstrafen in den Schulen formell untersagt ist, dieselbe ausnahmsweise ausgeübt wird. So hat z. B. die Erziehungsdirektion des Kantons Zürich auf hierseits gestellte Anfrage folgende Auskunft erteilt: „Körperstrafen erscheinen nach dem Wortlaut der Schulordnung als ausgeschlossen. Faktisch kommen dieselben, namentlich in Form der sogenannten Tatzen, dennoch öfters zur Anwendung; immerhin werden kaum je Klagen laut, es sei denn in grellen Fällen, welche auf Klage der betreffenden Eltern zur disciplinarischen Ahndung gegenüber dem Lehrer gelangen. Kommen eigentliche Misshandlungen vor, so steht auch der Weg an den Strafrichter offen. Fälle letzterer Art kommen aber glücklicherweise nur sehr selten vor."

Wir erachten es daher als Aufgabe der Erziehungsbehörden, insbesondere auch der lokalen, in Würdigung sowohl der Grundsätze einer gesunden Pädagogik, wie der thatsächlichen Verhältnisse, durch geeignete Vorschriften der Schulordnung und durch persönliche Aufsicht dafür zu sorgen, dass mit den Körperstrafen kein Missbrauch getrieben und dass, wenn solches vorkommt, gegen den fehlbaren Lehrer eingeschritten werde.

Aus den angebrachten Gründen erscheint es uns auch in sachlicher Hinsicht nicht angezeigt, dass der Grosse Rat in dieser Angelegenheit ein weiteres vorkehre. Wir beehren uns daher, bei Ihnen zu stellen den

Antrag:

Es sei im Sinn der vorstehenden Erwägungen auf das Gesuch des Centralkomitees des bernischen Lehrervereins nicht einzutreten."

Eine Minderheit des Regierungsrates schloss sich dem folgenden, vom Erziehungsdirektor Dr. Gobat erstatteten Bericht und Antrag an:

„Durch Eingabe vom 17. November 1896 stellen die Herren Leuenberger und Mürset, namens des Centralkomitees des bernischen Lehrervereins, an den Grossen

Rat das Gesuch, diese Behörde möchte das Schulgesetz in Bezug auf die Berechtigung der Lehrer zur Ausübung der Körperstrafe in der Schule interpretieren.

Die Petenten halten dafür, dieser Punkt sei mit Rücksicht auf die Beratung des Schulgesetzes im Dunkeln geblieben, und die Lehrer müssen wissen, ob sie die ihnen anvertrauten Kinder schlagen dürfen oder nicht.

In welcher Richtung das Gesetz ausgelegt werden soll, ob im Sinne der Zulassung der körperlichen Züchtigung oder im Sinne des Verbots derselben, sagen die Petenten nicht. Wir dürfen aber annehmen, dass sie durch die gewünschte Auslegung die gesetzliche Erlaubnis bekommen möchten, nebst den ordentlichen Erziehungsmitteln auch noch die bei den Erwachsenen verpönte und verbotene Körperstrafe in Anwendung zu bringen. Hat ja der Lehrerverein behauptet, der Erziehungsdirektor habe eine Gesetzwidrigkeit begangen, indem er gegen einen prügelnden Lehrer eingeschritten sei, und wurde ja von gleicher Seite aus geschrieben und behauptet, ohne Stock bestehe des Lehrers Autorität über die Schulkinder nicht.

Ebensowenig erwähnen die Petenten denjenigen Artikel, der authentisch ausgelegt werden soll. Dies ist aber das erste Erfordernis. Die durch die zuständige Behörde vorzunehmende authentische Interpretation setzt in allererster Linie voraus, dass es in einem Gesetz eine Bestimmung gebe, welche eine Norm oder einen Rechtssatz aufstellt, diese Norm oder diesen Rechtssatz aber in einer Weise ausspricht, dass der Sinn der Bestimmung dunkel oder unvollständig bleibe. Ein Gesetz als solches kann nicht authentisch ausgelegt werden, sondern nur einzelne bestimmte Gesetzesstellen.

Wenn also das Züchtigungsrecht der Lehrer ins Schulgesetz hinein interpretiert werden soll, so hätten die Petenten die Bestimmung dieses Gesetzes nennen sollen, welche das Strafrecht des Lehrers normiert, und zwar so normiert, dass für die Berechtigung der Körperstrafe wenigstens einige Anhaltspunkte in der betreffenden Stelle enthalten wären. Wir müssen nämlich hier beifügen, dass es, namentlich da, wo das Gesetzgebungsrecht des Volkes besteht, nicht erlaubt ist, auf dem Wege der Interpretation ganz neue Rechtssätze in ein Gesetz einzufügen.

Der Petition des Lehrervereins fehlt also die Grundlage, die Bezeichnung der zu interpretierenden Gesetzesstelle.

Dieser Hauptmangel hat seinen guten Grund. Das Schulgesetz enthält nämlich keine Bestimmungen über das Strafrecht der Lehrer. Weder im Kapitel über Pflichten und Rechte der Lehrer (§§ 38—42), noch in demjenigen über Auftreten und Betragen der Schüler (§§ 51—56) finden wir eine Bestimmung, welche das Recht der Lehrer, die Kinder überhaupt und abgesehen von der körperlichen Züchtigung zu strafen, aufstellt. Ja noch mehr: es wurde im Grossen Rate absichtlich Umgang genommen, von den Strafen zu sprechen. Der Entwurf des Regierungsrates enthielt folgende Bestimmung: „Ausser den vom Lehrer zu verhängenden Strafen können, auf dessen Antrag, von der Schulkommission noch folgende verfügt werden: Rüge vor versammelter Schulkommission u. s. w.“ Als aber die Frage der körperlichen Züchtigung aufgeworfen wurde und die Meinungen darüber auseinandergingen, einigte man sich dahin, das ganze Kapitel über die Bestrafung der Kinder zu streichen und diesen Punkt der Praxis zu überlassen.

Wollte man also im gegenwärtigen Zeitpunkt das Züchtigungsrecht der Lehrer anerkennen, so wäre dies nicht eine authentische Interpretation, sondern die Aufstellung eines selbständigen neuen Rechtssatzes, ohne Mitwirkung des Gesetzgebers.

Aus diesem Grunde, der zugleich formeller und materieller Natur ist, kann auf die Petition des Lehrervereins nicht eingetreten werden.

Nun wollen wir aber die Frage erweitern: Lässt sich das Recht der bernischen Lehrerschaft, die Körperstrafe anzuwenden, aus andern Gesetzen oder aus allgemeinen Grundsätzen ableiten?

Jede körperliche Züchtigung ist an und für sich eine Misshandlung; auf das Motiv kommt es grundsätzlich nicht an; die Thatsache allein, dass einer einem andern einen physischen Schmerz zufügt, begründet die Misshandlung.

Die Misshandlung fällt unter das Strafgesetz und dieses spricht für die verschiedenen Fälle, nach der Schwere der Misshandlung und nach den besondern Umständen, Strafen aus. Das Strafgesetz erklärt auch die Misshandlung in gewissen Fällen straflos, z. B. im Falle von Notwehr oder Notstand. Es enthält aber keine Bestimmung, wonach die durch Lehrer an Kindern begangenen Misshandlungen straflos wären.

Also fällt die an Schulkindern begangene körperliche Züchtigung unter das Strafgesetz.

Das scheint uns unbestreitbar zu sein und wird auch nicht bestritten.

Man wird vielleicht einwenden, das an Schulkindern ausgeübte Züchtigungsrecht falle allerdings unter das Strafgesetz, aber in dem Sinne, dass es eine ausnahmsweise Behandlung erfahre; man wird sich auf Art. 146 des Strafgesetzbuches berufen, welcher den Missbrauch des Züchtigungsrechtes mit einer Strafe bedroht, und daraus den Schluss ziehen, dass die Lehrer schlagen dürfen und nur im Falle des Missbrauchs des Züchtigungsrechtes gestraft werden können. Dieser Schluss wäre vollständig falsch. Des Missbrauchs des Züchtigungsrechts kann sich nur derjenige schuldig machen, der das Züchtigungsrecht besitzt; das Züchtigungsrecht besitzen diejenigen, welchen das Gesetz dasselbe giebt; kein Gesetz giebt aber dem Lehrer das Züchtigungsrecht.

Es wäre traurig, wenn unsere Kinder nur im Falle des Missbrauchs der körperlichen Strafe Schutz gegen Misshandlung finden würden. Denn das landesübliche Mass im Hauen, Schlagen würde sich bei uns einer grossen Ausdehnung erfreuen, und es würden wohl viele Richter finden, dass Nasenbluten, Brechen von Zähnen, Ausreissen der Haare, Abreissen der Ohrenlappen noch ins Mass gehen.

Weil sich nirgends in unserer Gesetzgebung Anhaltspunkte zu gunsten des Züchtigungsrechtes der Lehrer finden lassen, so suchen die Anhänger der Körperstrafe die Züchtigungsbefugnisse der Lehrer auf andere Weise juristisch zu konstruieren.

Die einen sagen: Den Eltern steht kraft Gesetzes (S. 153 C) das Züchtigungsrecht an ihren Kindern zu; während der Schulzeit übt der Lehrer die elterliche Gewalt aus; folglich besitzt er, wie die Eltern, das Züchtigungsrecht und ist nur für Missbrauch desselben verantwortlich, nach § 146 des Strafgesetzbuches.

Diese Argumentation ist jedoch juristisch falsch. Denn die elterliche Gewalt ist ein höchst persönliches, unübertragbares Recht der Eltern. Sollte eine Vertretung von Vater und Mutter in der Ausübung der elterlichen Gewalt geschaffen werden, so bedürfte es dazu eines besondern Rechtssatzes.

Andere behaupten, das Schulhalten setze eine stramme Disciplin voraus und das Züchtigungsrecht des Lehrers sei eine notwendige Folge dieser Disciplin, bestehe also ohne Gesetz. Eine solche Behauptung liesse sich unter einem väterlichen Regimente verteidigen, im Rechtsstaat aber nicht. Das Schulkind besitzt dieselbe Rechtsfähigkeit wie der Erwachsene, und die Rechtsfähigkeit verleiht allen

Menschen, ob jung oder alt, die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben. Das Schulkind hat genau den gleichen Anspruch auf den Schutz seines Körpers, wie jedes andere menschliche Wesen. Der Militärdienst setzt auch, und zwar in höherem Masse als die Schule, eine stramme Disciplin voraus. Würde aber jemand in der Schweiz behaupten wollen, dass die Soldaten geschlagen werden dürfen? Würde man sogar zugeben, dass überhaupt Disciplinarstrafen verfügt würden ohne Gesetze? Gewiss nicht.

Aus dem Gesagten geht hervor:

dass die Zulässigkeit der Körperstrafe in der Schule in keinem Gesetz ausgesprochen ist;

dass das Strafgesetzbuch in keiner Weise für an Schulkindern durch den Lehrer ausgeübte körperliche Züchtigung Straflosigkeit ausspricht;

dass die Zulässigkeit der körperlichen Züchtigung mit keinem bestehenden Rechtsinstitut in Verbindung gebracht werden kann;

dass das Schulgesetz keinen Anhaltspunkt zu einer authentischen Auslegung, wie sie der Lehrerverein wünscht, bietet.

Seien wir froh, dass es so ist, denn die körperlichen Züchtigungen in der Schule lassen sich schlechterdings nicht verteidigen.

Die Körperstrafe ist gefährlich. Der zarte in der Entwicklung begriffene Körper des Kindes kann leicht Schaden leiden. Schon oft ist Schülern durch des Lehrers Hand ein bleibendes Gebrechen beigebracht worden. Die Möglichkeit eines bleibenden Schadens — und diese kann nicht geleugnet werden — genügt an und für sich, um die Körperstrafe auszuschliessen.

Die Körperstrafe ist ungerecht; sie wird nicht gleichmässig an allen Schülern angewendet; es giebt wohl in jeder Schule solche, welche geschont werden und geschont werden müssen.

Die Körperstrafe gefährdet den Charakter des Schülers, indem sie dem geschlagenen Kinde eine im Verhältnis zu seinem Verhalten übertriebene Demütigung zufügt, welche sein Herz mit einem gehässigen Neid gegen die Mitschüler und mit Groll gegen den Lehrer erfüllt.

Die Körperstrafe erzeugt Heuchelei und Trotz; Heuchelei bei denjenigen, welche alle Mittel anwenden, um derselben zu entgehen, weil sie sich vor dem Schmerz fürchten; Trotz bei denjenigen, welche den Schmerz überwinden können. Es ist bekannt, dass Kinder mit stoischer Indifferenz körperliche Züchtigungen ertragen und, je grösser der Schmerz ist, desto unbeugsamer werden.

Die Körperstrafe schadet dem Ansehen des Lehrers im Herzen des Kindes. Der Vater verliert wegen Züchtigung die Liebe seines Kindes nicht, weil er ihm sofort, nachdem er es geschlagen hat, seine Liebe wieder erweisen kann. Nicht so aber der Lehrer, weil er zu seinen Schülern nicht auf dem intimen Fusse eines Vaters steht und überhaupt, weil die Verhältnisse ganz andere sind. Der Lehrer, dessen Autorität sich im Stocke verkörpert, ist zu bedauern; denn er besitzt gewiss die Liebe seiner Schüler nicht und es fehlt ihm somit die Grundlage des Erfolges.

Allgemein anerkannt, auch von den Anhängern der körperlichen Züchtigung in der Schule, ist der Grundsatz, dass unter keinen Umständen ein Kind deshalb geschlagen werden soll, weil es etwas nicht weiss, auf eine Frage nicht antwortet, einen Fluss oder eine Stadt auf der Karte nicht zeigen kann u. s. w. Wo ist aber die Grenze? Lassen sich nicht die meisten Fälle des tadelhaften Verhaltens der Schüler auf ihren Unfleiss, auf mangelhaft gemachte Aufgaben, auf die ungenügende Entwicklung ihrer geistigen Fähigkeiten und auf schlechte Erziehung zurück-

führen? Eine Untersuchung in jedem einzelnen Falle wäre unmöglich, jedenfalls sehr schwierig, und schliesslich würde man den Lehrer, der in der Ungeduld über die Unwissenheit eines Schülers denselben schlägt, doch wieder entschuldigen wollen.

Sehen wir uns in der Schweiz und in einigen andern Kulturstaaten um, so finden wir eine ausgesprochene Tendenz gegen jede körperliche Züchtigung in der Schule.

Im Kanton Zürich sind die körperlichen Züchtigungen durch die Schulordnung vom 7. November 1866, welche die Disciplinarstrafen aufstellt, ausgeschlossen.

Im Kanton Solothurn besteht der ganz gleiche Zustand wie im Kanton Bern: die Gesetzgebung ist bezüglich der körperlichen Züchtigung ganz stumm. Da aber viel geschlagen wurde und jeden Angenblick Klagen eingingen, erliess der Erziehungsdirektor ein strenges Verbot der körperlichen Züchtigung. Es wird auf Klage der Eltern gegen den Lehrer, der das Verbot übertritt, eingeschritten.

Im Kanton Freiburg ist es förmlich untersagt, Schulkinder körperlich zu züchtigen.

Der Art. 82 des Schulgesetzes des Kantons Neuenburg lautet wie folgt: Absatz 3: „Jede Misshandlung eines Schülers und alle körperlichen Strafen sind ausdrücklich verboten.“ Wenn trotzdem ein Lehrer körperliche Strafen anwendet, so bekommt er vom Inspektor eine Rüge oder er wird dem Strafrichter verzeigt, oder die Erziehungsdirektion erteilt ihm einen strengen Verweis oder lässt ihn abberufen.

Im Kanton Aargau sind die körperlichen Züchtigungen ebenfalls untersagt. Der § 48 der Schulordnung vom 27. Brachmonat 1867 lautet wie folgt:

„Der Lehrer sei gerecht und unparteiisch gegen alle seine Schüler und behandle dieselben mit Milde und Ernst.

Bei notwendigen Rügen, Verweisen und Strafen vermeide er aufs sorgfältigste alle unziemlichen Ausdrücke, verletzende Spott- und Schimpfreden und thätliche Missbandlungen.

Insbesondere sind ihm alles Schlagen auf den Kopf, Reissen an den Ohren und Haaren und andere rohe, gefährliche und zornmütige Missbandlungen an den Kindern verboten und sollen je nach Massgabe der Umstände mit ernster Strafe belegt werden.“

In den Kantonen Waadt und Genf sind die körperlichen Strafen ebenfalls untersagt. Im ersteren kommen selten, im letzteren nie Übertretungen des Verbotes vor.

Die Schulordnung des Kantons St. Gallen verbietet alle unangemessenen Strafen. Der § 27 der Schulordnung der Stadt St. Gallen lautet:

„In Bezug auf die Anwendung *körperlicher Züchtigungen* werden folgende Grundsätze aufgestellt:

a) An der Mädchenschule sind körperliche Züchtigungen unstatthaft.

b) An den Knabenschulen ist die Anwendung körperlicher Strafen mit Ausnahme der sogenannten Tatzen untersagt. Diese dürfen jedoch nur für ernstere sittliche Vergehen (Lüge, Diebstahl, fortgesetzte Widersetzlichkeit u. s. w.), niemals aber wegen Unfleiss oder ungenügenden Leistungen angewendet werden.

c) Diese Strafen sollen übrigens mit Mass und erst nach vorangegangener fruchtloser Ermahnung und Verwarnung und nicht im Affekte gegeben werden.

d) Von jeder körperlichen Züchtigung ist im Tagebuch motivierte Notiz zu nehmen.“

Im Kanton Thurgau sind die körperlichen Strafen nicht ausdrücklich verboten, dagegen verpönt, besonders das Schlagen auf den Kopf.

Im Kanton Baselstadt bestehen folgende Bestimmungen:

„Körperliche Züchtigung darf nur in Ausnahmefällen und in einer Weise angewendet werden, welche die Grenzen einer mässigen elterlichen Zucht nicht überschreitet.

Jeder Lehrer, der in den Fall gekommen ist, eine körperliche Züchtigung anzuwenden, hat es im Klassenbuch mit Angabe des Grundes anzumerken. Die Inspektion kann auch einzelnen Lehrern den Gebrauch dieses Strafmittels untersagen."

Gänzlich verboten ist die körperliche Züchtigung in den höhern Schulen und bei Mädchen vom fünften Schuljahre an. Thatsächlich wird körperliche Züchtigung selten angewendet. Kommen Klagen vor, so wird dem Lehrer untersagt, körperliche Züchtigung fernerhin anzuwenden.

Die körperliche Züchtigung ist in Frankreich verboten.

In Österreich ist die körperliche Züchtigung unter allen Umständen an den allgemeinen Volks- und Bürgerschulen ausgeschlossen, und Lehrpersonen, welche gegen dieses Verbot handeln, werden mit angemessenen Disciplinarstrafen belegt.

In England bestehen keine allgemeinen Vorschriften über diesen Punkt. Die lokalen Schulbehörden haben darüber zu entscheiden. Doch kommen schon deshalb, weil die Eltern klagen, die Körperstrafen nicht so häufig vor; das Schlagen auf den Kopf ist ausdrücklich untersagt, und meistens darf die körperliche Strafe nicht vom Lehrer selbst angewendet werden, sondern das fehlbare Kind wird dem Direktor der Schule zur Ausübung der Körperstrafe anvertraut.

In Preussen ist die Körperstrafe beliebt, und zwar darf der Lehrer das Kind auch auf der Strasse prügeln. Wegen blossen Blutunterlaufungen, blauen Flecken und Striemen kann man gegen einen Lehrer nicht klagen, sondern nur wegen Frakturen oder tödlichen Ausganges. Ein Lehrer, welcher einen Schüler so geschlagen hatte, dass er an den Folgen der Misshandlung starb, wurde vom Schwurgericht freigesprochen.

Preussen ist eben das Land, in welchem der Offizier und Unteroffizier den Soldaten aufs ärgste misshandeln darf, in welchem ein Offizier, der wegen Ermordung eines Soldaten zu einer gelinden Gefängnisstrafe verurteilt worden ist von höchster Stelle nicht nur begnadigt, sondern auch mit einem reich geschmückten Portrait beschenkt wurde, wogegen die sich schüchtern beklagende Mutter des Ermordeten wegen Majestätsbeleidigung zu einigen Tagen Gefängnis verurteilt wurde.

Aus der kurzen Zusammenstellung ergiebt sich, dass die körperliche Züchtigung der Schulkinder meistens verboten ist, und dass man da, wo dieselbe erlaubt ist — ausser in Preussen — Massregeln trifft, um sie möglichst einzuschränken, und jeden Missbrauch mit strengem Einschreiten bedroht.

Aber, wird man fragen, ist da, wo die körperliche Züchtigung verboten ist, die Lehrerschaft nicht allen möglichen, selbst gerichtlichen Klagen ausgesetzt, und ist es nicht bedenklich, wenn Lehrer wegen körperlichen Züchtigungen vor den Strafrichter gezogen werden?

Auf diese Frage antworten wir einfach folgendes:

Hat der Lehrer in arger Weise ein Schulkind misshandelt, so geschieht ihm recht, wenn gegen ihn geklagt wird. Handelt es sich aber um eine geringfügige Züchtigung, und hatte das Kind überhaupt eine Strafe verdient, so wird kein Vater klagen.

Letzteres können wir, gestützt auf Erfahrungen, mit Bestimmtheit behaupten. Da in den bernischen Primarschulen sehr viel geschlagen wird, so kommt es häufig

vor, dass Eltern sich bei der Erziehungsdirektion beschweren. Für geringfügige Misshandlungen wurde aber nie geklagt. War der Fall wirklich derart, dass dem Lehrer sein Schlagen nicht übersehen werden konnte, so fragte der Erziehungsdirektor den Kläger, ob er die Abberufung des schuldigen Lehrers verlange. Dies wurde nie verlangt, und wenn dann der Erziehungsdirektor dem Kläger bemerkte, es stehen der Behörde sonst keine Strafmittel zur Verfügung, er könne sich aber an den Richter wenden, dann ging der Vater oder die Mutter mit schwerem Herzen wegen der erlittenen, nicht gesühnten Misshandlung, oft weinend, nach Hause, aber mit dem Entschluss, keine Strafanzeige zu machen. Strafanzeigen gegen Lehrer wegen Misshandlung der Schulkinder kommen in unserm Kanton allerdings ziemlich viele vor, aber stets nur in schwerern Fällen.

Auch die Eltern sind also vernünftige Leute. Nicht nur beschweren sie sich wegen Kleinigkeiten nicht, sondern sie ertragen von gewissen Lehrern sehr vieles.

Der Standpunkt der Erziehungsdirektion ist also der, dass allerdings nach der bernischen Gesetzgebung, mangels bezüglicher Gesetzesbestimmungen, jede körperliche Züchtigung in der Schule ausgeschlossen ist, dass aber die Eltern beim Richter nicht klagen sollen, wenn der Lehrer in der Aufregung eine geringfügige Züchtigung ausübt. Das Amt des Lehrers ist ein sehr schwieriges, und es ist die Pflicht eines jeden Vaters, sich über Geringfügigkeiten hinwegzusetzen, wenigstens dem Lehrer dafür keine Unannehmlichkeiten zu bereiten.

Der Widerspruch, von welchem die Petenten sprechen, besteht also durchaus nicht. Die Ansichten, dass körperliche Züchtigung unbedingt verboten ist und dass bei unbedeutenden Züchtigungen der Lehrer die weitgehendste Nachsicht verdient, sind keineswegs unvereinbar, und es ist die Behauptung des Lehrervereins, dass wir das Recht beanspruchen, die Abberufung eines Lehrers, welcher die Körperstrafe anwendet, anzubegehren, in dieser allgemeinen Fassung vollständig unrichtig. Nicht nur würden wir für eine ganz geringfügige Misshandlung die Abberufung nie verlangen, sondern wir würden in solchen Fällen sich beschwerende Eltern nicht unterstützen.

Mit Rücksicht auf die formellen und materiellen Gründe beantragen wir, auf die Petition des Centralvorstandes des bernischen Lehrervereins nicht einzutreten."

Der Grosse Rat befasste sich mit dieser Angelegenheit in seiner Sitzung vom 18. Mai 1897.

Die Diskussion wurde von zwei Mitgliedern des Rates, und zwar im Sinne der Befürwortung der Motivierung des regierungsrätlichen Mehrheitsantrages, benützt. Das eine derselben (Grossrat Wyss) sprach sich dahin aus, es sei dem Lehrer ein mässiges Züchtigungsrecht (beruhend auf der ihm neben den Eltern obliegenden Erziehungspflicht) einzuräumen, weil die körperliche Züchtigung unter Umständen und bei richtiger, ein vernünftiges Mass nicht überschreitender Anwendung ein wirksames Erziehungsmittel sei; einer missbräuchlichen Ausübung des Züchtigungsrechtes durch den Lehrer sei durch eine richtige Aufsicht zu begegnen.

Der andere Redner (Grossrat Dürrenmatt) bezeichnete das apodiktische und strikte Verbot der Körperstrafe in der Schule als unpädagogisch und unpraktisch; zur Zucht gehöre die Züchtigung.

Der Grosse Rat nahm hierauf mit grosser Mehrheit den regierungsrätlichen Mehrheitsantrag an.

Anhang. — Supplément.

Kanton Zürich.

Gegenvorschlag des Kantonsrates zu dem Initiativbegehren betreffend Abänderung des Strafgesetzbuches.[1]

Gesetz betreffend Abänderung des Strafgesetzbuches vom 8. Januar 1871
(zweite Abteilung, vierter Titel: Verbrechen gegen die Sittlichkeit).

Art. I. Der vierte Titel der zweiten Abteilung des Strafgesetzbuches vom 8. Januar 1871 betreffend die Verbrechen gegen die Sittlichkeit wird in nachstehender Weise revidiert.

Art. II. Die §§ 109, 110, 112, 114 bis 120 bleiben unverändert; die bisherigen §§ 111, 113, 121 bis 123 fallen weg.

Die abgeänderten und neu hinzugekommenen Bestimmungen lauten:

§ 111. Die Strafe der Notzucht verwirkt auch, wer ein Mädchen, von dem er weiss oder wissen muss, dass es noch nicht 15 Jahre alt ist, zum Beischlafe missbraucht oder zu missbrauchen versucht.

§ 113. Wer eine Person, welche offensichtlich mangelhaft entwickelt ist, oder eine Person, deren geistige Gesundheit oder deren Bewusstsein erheblich beeinträchtigt ist, zur Unzucht missbraucht, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat, in schwereren Fällen mit Arbeitshaus bestraft.

§ 116 *a*. Wer ausser den Fällen von § 115 und § 116 die geschlechtliche Unerfahrenheit von Minderjährigen, die Not oder die Abhängigkeit einer Person missbraucht, um sie zur Unzucht zu verführen, wird mit Gefängnis nicht unter einem Monat bestraft.

§ 121. Wer aus Eigennutz durch seine Vermittlung oder Überredung, oder durch Gewährung oder Verschaffung von Gelegenheit der Unzucht Vorschub leistet, wird wegen Kuppelei mit Gefängnis, verbunden mit Busse, oder mit Arbeitshaus bestraft.

§ 121 *a*. Wer Frauenspersonen hält, um aus ihrer Unzucht Gewinn zu ziehen, wer gewerbsmässig Frauenspersonen Gelegenheit zur Unzucht verschafft oder den unzüchtigen Verkehr mit solchen vermittelt oder begünstigt, ebenso wer Frauenspersonen kupplerisch zu Unzuchtszwecken anwirbt oder verhandelt, wird wegen gewerbsmässiger Kuppelei mit Arbeitshaus und mit Geldbusse bis zu 5000 Franken, im Rückfalle mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren und mit Geldbusse bis zu 15,000 Franken bestraft.

§ 122. Die Strafe der Kuppelei ist Zuchthaus:

a) wenn der Kuppler arglistige Kunstgriffe anwendet, oder wenn er unbescholtene Personen zur Gestattung der Unzucht durch falsche Vorspiegelungen anwirbt oder verleitet;

[1] Vergl. *Stooss*, Die Sittlichkeitsverbrechen nach Zürcher Strafrecht, in dieser Zeitschrift, Bd. VIII, 1895, S. 200 ff.

b) wenn der Kuppler zu der angeworbenen oder verleiteten Person in dem Verhältnisse von Eltern zu Kindern, von Vormündern zu Pflegebefohlenen, oder von Geistlichen, Erziehern oder Lehrern zu Schülern oder Zöglingen steht.

§ 122 *a.* Wer die gewerbsmässige Unzucht seiner Ehefrau oder einer Zuhälterin aus Eigennutz begünstigt, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten, im Rückfalle mit Arbeitshaus und Entzug des Aktivbürgerrechtes bestraft.

§ 122 *b.* Wer in Räumen, über welche ihm die Verfügung zusteht, gewerbsmässige Kuppelei oder gewerbsmässige Unzucht duldet, ist mit Geldbusse von 100 bis 1000 Franken, im Wiederholungsfalle überdies mit Gefängnis bis zu 3 Monaten zu bestrafen.

§ 123. Wer öffentlich unzüchtige Handlungen vornimmt, wer solche vor oder mit Kindern begeht, wer zur Verbreitung oder Veröffentlichung unzüchtiger Schriften, Abbildungen und Darstellungen mitwirkt, wird mit Gefängnis, verbunden mit Busse, bestraft. In schwereren Fällen kann auch Arbeitshaus verhängt werden.

§ 123 *a.* Wer an einer Person, die sich ihm zur ärztlichen Behandlung oder Untersuchung anvertraut hat, wider ihren Willen eine unzüchtige Handlung vornimmt, wird mit Gefängnis, in schwereren Fällen mit Arbeitshaus bestraft.

§ 123 *b.* Wer widernatürliche Unzucht treibt oder ihrer Verübung Vorschub leistet, wird mit Gefängnis, in schwereren Fällen mit Arbeitshaus oder Zuchthaus bestraft.

§ 123 *c.* Wer einer Person öffentlich unzüchtige Zumutungen macht oder ihr schamlos nachstellt, ohne dass sie dazu Anlass gegeben, ist mit Polizeibusse von 10 bis 100 Franken zu bestrafen.

§ 123 *d.* Frauenspersonen, welche sich an öffentlichen Orten zur Unzucht anbieten oder dazu anlocken, werden durch Entscheid der Gemeindepolizeibehörde mit Haft bis zu 8 Tagen bestraft.

Überdies kann gegen Ausländerinnen die Ausweisung, gegen Kantonsbürgerinnen im Wiederholungsfalle die Unterbringung in eine Korrektionsanstalt beantragt werden. Die zuständige Verwaltungsbehörde ist in solchen Fällen nicht an die in § 1, litt. *a*, und § 6 des Gesetzes betreffend die Errichtung staatlicher Korrektionsanstalten vom 4. Mai 1879 aufgestellten Vorschriften gebunden.

§ 123 *e.* Ergiebt sich anlässlich einer auf Grundlage dieses Titels des Strafgesetzbuches erhobenen Untersuchung, dass Eltern die Erziehung ihrer Kinder nicht länger anvertraut bleiben darf, so ist hiervon dem Waisenamte behufs Anordnung weiterer vormundschaftlicher Massregeln Kenntnis zu geben.

Im Falle der Verurteilung kann das Strafgericht den Entzug der Elternrechte aussprechen.

Art. III. Dieses Gesetz tritt mit dem 1. Juli 1897 in Kraft.

Zürich, den 30. März 1897.

Im Namen des Kantonsrates,
Der Präsident:
Paul Usteri.
Der I. Sekretär:
Nussbaumer.

Canton de Vaud.

Loi du 20 novembre 1896 modifiant les articles 195, 197, 198, 199 et 200 du Code pénal.

Le Grand Conseil du Canton de Vaud,

Vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat;

DÉCRÈTE:

ARTICLE PREMIER. Le titre du chapitre premier du titre III du Code pénal (des délits contre les mœurs) est remplacé par le suivant: *De l'attentat public aux mœurs,* les mots „et de la prostitution" étant supprimés.

Art. 2. Les art. 195, 197, 198, 199 et 200 du Code pénal sont abrogés et remplacés par les dispositions suivantes:

Art. 195 nouveau. Celui qui outrage publiquement les mœurs par des propos ou par des actions obscènes, est puni par une amende qui ne peut excéder trois cents francs ou par une réclusion de six mois au maximum.

Art. 197 nouveau. La femme qui se livre publiquement et habituellement à des provocations ayant un but déshonnête ou immoral est punie par une réclusion n'excédant pas six mois ou par l'internement dans une colonie agricole et industrielle pour un temps qui ne peut être moindre de six mois ni excéder trois ans.

Le tribunal prononcera, en outre, la privation générale des droits civiques pour cinq ans au maximum et, s'il y a lieu, la privation des droits résultant de la puissance paternelle pour une même durée.

Art. 198 nouveau. Celui qui sciemment profite de la débauche d'autrui, facilite, favorise ou soutient la débauche d'autrui, est puni par une amende n'excédant pas mille francs au maximum et par une réclusion de trois ans au plus.

Le maximum de la peine peut être doublé si le coupable est un ascendant, le mari, le tuteur, le maître ou telle autre personne exerçant une surveillance ou une autorité sur la personne dont la débauche lui a profité ou dont la débauche a été favorisée.

Le tribunal prononce, en outre, la privation générale des droits civiques pour cinq ans au maximum. Si le coupable est un ascendant, la privation à vie des droits de la puissance paternelle peut être prononcée contre lui.

Dans les cas prévus au présent article, le délinquant peut, en outre, suivant les circonstances, être puni par l'interdiction n'excédant pas dix ans de la faculté de tenir un établissement de bain, de pinte, d'auberge, de café, de restaurant ou autre semblable.

Art. 199 nouveau. Le viol est puni par une réclusion n'excédant pas huit ans.

Est assimilé au viol le fait, par celui qui connait la situation de sa victime, d'abuser de l'état d'idiotie, d'aliénation mentale ou d'inconscience procurée artificiellement d'une femme pour lui faire subir l'acte sexuel. Toutefois, la peine est réduite à une réclusion n'excédant pas six ans.

Art. 200 nouveau. Tout autre attentat à la pudeur commis avec violence contre une personne de l'un ou de l'autre sexe est puni par une réclusion n'excédant pas six ans.

Est assimilé à l'attentat à la pudeur avec violence, le simple attentat à la pudeur commis sur un enfant de moins de quatorze ans.

Est aussi assimilé à l'attentat à la pudeur avec violence, le simple attentat à la pudeur commis par celui qui connait la situation de sa victime sur une personne en état d'idiotie, d'aliénation mentale ou d'inconscience procurée artificiellement. Toutefois, la réclusion ne dépassera pas quatre ans.

Art. 3. Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi, qui entrera en vigueur dès sa promulgation.

Donné, sous le grand sceau de l'Etat, à Lausanne, le 20 novembre 1896.

Le Präsident du Grand Conseil:
Emile Gaudard, avocat.

(L. S.)

Le Secrétaire:
Lecomte, chancelier.

Aufgabe und Ziele der Kriminalistik. [1]

Von

Dr. *Hanns Gross,* Landesgerichtsrat in Gratz.

Wenn jemand darangeht, in den ehrwürdigen und seit Jahrhunderten als gut erwiesenen Bau der deutschen Universität wieder einen neuen Stein einzufügen und dort eine neue Disciplin zu lehren, so hat er vor allem anderen seine Absicht zu rechtfertigen und darzuthun, dass das zu Bringende sich in den Rahmen jener Disciplinen einzufügen vermag, die heute schon auf der Hochschule gepflegt und gelehrt werden. Das Erste und Wichtigste, was erwiesen werden muss, ist die Wissenschaftlichkeit der Disciplin, ihr Bestreben, nach Erkenntnis der Wahrheit zu forschen, und erst wenn diese Frage bejaht ist, wollen wir nach der Brauchbarkeit der Disciplin fragen.

Was die Kriminalistik bringen soll, ist mit den einfachen Worten gesagt: Sie befasst sich mit den Realien des Strafrechts.

Er ist nicht neu, jener realistische Tik, den Göthe als massgebend für alle künftige Forschung bezeichnet hat, und wenn Bacon auch nicht der Schöpfer der modernen naturwissenschaftlichen Methode ist, so war es doch sein Novum organon, das die alte Syllogistik bekämpfte und energisch auf Erfahrung und Experiment hinwies [2], und für unser Fach war Leibnitz der erste, der in seinem Traktat „Nova methodus“ [3]) auf das Hereinziehen des Thatsäch-

---

[1]) Der Verfasser gedachte, seine akademische Thätigkeit mit diesem Vortrage zu eröffnen. Leider unterblieb die Habilitation. Red.

[2]) W. Wundt, „Über die Einteilung der Wissenschaften“, philos. Studien, V. Bd., 1889.

[3]) „Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ.“

lichen gedrungen hat. Gleichwohl fragte nach ihm lange niemand mehr drum, und vereinzelt blieb die Stimme Warnkönigs [1]), der vor genau dreiviertel Jahrhunderten ausrief: „Die Jurisprudenz muss eine Naturwissenschaft werden.“ Dem Juristen blieb das beneficium flebile, dass er von den *Dingen* seines Faches nichts sah und nichts hörte, dass sie ihm das erste Mal unterkamen, wenn sie ihm die Praxis zeigte und wenn es zum Lernen zu spät war. Niemand fällt es heute ein, sich an Thomasius zu halten und alles bloss fürs Praktische anpassen zu wollen, und niemand schliesst sich dem wohlgemeinten Reskript [2]) Kaiser Josephs an: „Muss nichts den jungen Leuten gelehrt werden, was sie nachher gar seltsam oder gar nicht zum Besten des Staates gebrauchen oder anwenden können“ — wohl aber halten wir uns an von Öttingens [3]) Wort: aus Thatsachen zu Gedanken; man will in der Wissenschaft nicht den Weg von oben nach unten, sondern von unten nach oben. Nicht aus dem Allgemeinen, nicht aus Ideen und Begriffen, aus Prinzipien und Grundsätzen soll die Wahrheit sich aufbauen; von unten auf, von gegebenen Zuständen, der Erfahrung, von dem Einzelnen und sinnlich Wahrnehmbaren soll ausgegangen werden. Wir wissen es, wer sie sind, jene „Thatsachen des Lebens“, die Abbé Baëts [4]) als die Grundlage unseres Studiums bezeichnet hat; sie liegen klar vor uns in jedem Straffall, den wir beobachten; wir *können* sie nicht von der Hand weisen, wir *müssen* mit ihnen rechnen und deshalb müssen wir sie kennen. Unter allen staatserhaltenden Kräften nimmt die Gewissenhaftigkeit die erste Stelle ein, und gewissenhaft ist es nicht, wenn man in den wichtigsten Fällen Verhältnisse in Rechnung zieht, deren Wesen und Wirkung man nicht studiert hat. Gleichwohl möchte ich mit dem Begründer modernen civilistischen Studiums, Adolf Stölzel [5]), sagen: „Es ist nicht meine Absicht, den Arbeitsstoff zu vermehren, ich will Erleichterung schaffen“; denn wenn das, was unbedingt einmal, wenn auch regellos und bunt gewürfelt, gelernt werden *muss*, in einem System vereint geboten wird, so ist das Studium nur erleichtert, und wir wollen mit Brinz [6]) das Beste erreichen, den Sieg der Frei-

[1]) Versuch einer Begründung durch eine Vernunftidee. Bonn 1819.
[2]) Reskript vom 25. November 1782.
[3]) Moralstatistik. Erlangen 1882.
[4]) Kriminalanthropologenkongress. Brüssel 1892.
[5]) „Schulung für die civilist. Praxis.“ Berlin, Franz Vahlen, 1894.
[6]) „Über Universalität.“ Rektoratsrede 1876.

heit über die Materie. Die Freiheit des Richters ist gehemmt durch die kleinlichen Schwierigkeiten, die ihm die Materie bietet, und die muss ihm vom Untersuchungsrichter weggeräumt werden; soll er dies aber thun können, so muss man ihn schon als Studenten in die Lage des arbeitenden Juristen sehen lassen; dann lernt er dem Leben ins Antlitz schauen und es juristisch bemeistern. [1]) Dann kann der Anfänger erkennen, dass die Jurisprudenz in Wahrheit nichts anderes ist, als der Niederschlag des gesunden Menschenverstandes in Dingen des Rechts [2]); dann und nur dann, wenn es ihm klar wird, dass er es nur mit *Vorgängen* zu thun hat, wie Janka [3]) sagt, und dass das Gesetz, nach welchem sich die Vorgänge abwickeln, das der Kausalität ist, nur dann kann auch der Student mitempfinden, was es heisst, nach der Wahrheit suchen, und wir helfen mit, um Goldschmidts [4]) grosses Wort wahr zu machen: „Die Erziehung zur geistigen Selbständigkeit mittelst geistiger Freiheit, dies und nur dies ist der Beruf der deutschen Hochschule.“ Nur so kann es uns gelingen, den von Rudolf von Gneist [5]) so sehr gefürchteten Zwiespalt zwischen Theorie und Praxis, der sich nach ihm in keinem anderen Berufsstande findet, glücklich zu vermeiden; dann werden wir auch in unserer Wissenschaft das leisten, was der Altmeister Zeller [6]) von jeder Disciplin erhofft: „Mit dem Erkennen und durch das Erkennen wird der Charakter herangebildet, durch das Erkennen wird der Mensch in das Reich der Wahrheit, welches auch das der Sittlichkeit ist, gehoben.“

Nicht soll mit Julius Ofner [7]) im allgemeinen verlangt werden, dass die praktische Jurisprudenz den Rang einer Wissenschaft im ganzen erhalten soll, aber das eine muss uns klar werden, „dass unser positives Recht nur ein Situationsbild in der Flucht der Erscheinungen ist, und dass nur jener Teil unserer positiven Arbeiten der Universität und ihren Lehren angehören darf, der nach Erkenntnis strebt und in dem ernste und ehrliche Forschung möglich ist. [8]) Nie wollen wir Bluntschlis [9]) warnendes Wort vergessen:

---

[1]) Bluntschli, „Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen“. Zürich 1862.
[2]) Ad. Stölzel, Schulung für die civilist. „Praxis“. Berlin, Vahlen, 1896.
[3]) „Zur Kausalitätsfrage“, „Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft“.
[4]) „Rechtsstudium und Prüfungsordnung.“ Stuttgart, Enke, 1887.
[5]) „Aphorismen zur Reform des Rechtsstudiums.“ Berlin 1887.
[6]) „Gesammelte Schriften“, Bd. III, p. 88.
[7]) „Beiträge zur exakten Rechtswissenschaft.“ Wien 1883.
[8]) Kohler, „Studien aus dem Strafrecht“ (Vorwort), 1890.
[9]) „Die neueren Rechtsschulen der deutschen Juristen.“ Zürich 1862.

„Nichts wäre verderblicher für Rechtspflege und Rechtswissenschaft, als wenn erstere unwissenschaftlich, die zweite unpraktisch würde“; wir wollen uns aber auch ängstlich davor hüten, in die theoretische Behandlung unserer Wissenschaft, von der die Praxis allein Leben, Klarheit und Lebensfähigkeit erhält, einen Zug hineinzutragen, der ihre intakte Wissenschaftlichkeit berühren könnte.

Wollen wir aber dann wirklich naturwissenschaftlichen Zug und naturwissenschaftliche Methode in unsere Disciplin bringen, so müssen wir uns vor allem in der Bewegung unseres heutigen Rechtsstudiums einen festen Standpunkt suchen.

Wir sind uns klar darüber, dass die alte, klassische Schule, die metaphysische, individualistische Schule, wie sie sich seit Beccaria fortentwickelt hat, in ihren Grenzen nicht weiter mehr bestehen kann; wir wollen es nicht untersuchen, ob und inwieweit Lombroso und seine Leute den Hauptsturm gegen diese Grenzen unternommen haben — jedenfalls war er nicht der erste. Wir können zurückgreifen auf Kant, der in seiner „Menschenkunde“ von einem Arzt erzählt, der auf einer Reise nach England und bei dem Besuche von Gefängnissen darauf hinwies, dass alle echten Verbrecher besondere und auffallende körperliche Eigenschaften besässen, und der englische Irrenarzt Prichard und nach ihm Morel und Magnan haben auf besondere angeborne Eigentümlichkeit mancher Verbrecher mit Nachdruck aufmerksam gemacht. Lombroso hat diese und andere, allgemein bekannte Thatsachen ausarbeiten und zu einem System gestalten wollen; er ist so zu seinem „tipo criminale“ gekommen, der schliesslich nur die Karikatur einzelner an sich richtiger Konstruktionen wurde. Lombroso selbst hat mit anerkennenswertem Fleisse eine ungeheure Menge von Material zusammengetragen und dann mit Hülfe seiner Schüler, namentlich des bedeutendsten derselben, Enrico Ferri in Rom, Dogmen festgestellt, die beiläufig da hinaus gehen, dass der verbrecherische Mensch eine besondere Varietät der menschlichen Art ist, dass das Auftreten, die Zunahme, die Abnahme und das Verschwinden der Verbrechen von ganz anderen Faktoren abhängt als den vom Gesetz vorgeschriebenen und von den Richtern angewendeten Strafen, und dass der freie Wille nur eine subjektive Illusion ist. Lombrosos Lehren haben eine Hochflut von Litteratur heraufbeschworen, und fragen wir heute um den Stand der Sache, so finden wir, dass es den Bestrebungen der Wissenschaft, namentlich der deutschen Gelehrten, gelungen ist, nachzuweisen, dass die Grundlagen, auf denen

die positive Schule Lombrosos gebaut hat, unsichere sind, dass die Beobachtungen teils unrichtig, teils unvollständig sind, dass die Schlussfolgerungen willkürlich waren, und dass hauptsächlich die Methode der Forschung verfehlt erscheint, weil die Beschaffung des Beobachtungsmateriales weder auf Vollständigkeit noch auf Richtigkeit Anspruch machen darf.

Wenn wir aber auch heute die Lombrososchule als einen überwundenen Standpunkt ansehen dürfen, so wissen wir doch, dass sie Gutes geschaffen hat, wie jede wissenschaftliche Bewegung, auch wenn diese einem falschen Ziele zusteuert. Vor allem wuchs aus der anthropologischen Schule die gemässigtere „dritte Schule" hervor, die Schule der Sociologie, die im Verbrechen eine sociale Erscheinung, in der Strafe eine sociale Funktion erblickt, und weiters hat uns die anthropologische Schule doch den segensreichen Zwang auferlegt, das Subjekt des Verbrechens, den Verbrecher selbst zu studieren, bevor wir über ihn sprechen und handeln wollen. „Die eigentliche, nicht Lombrosos anthropologische Schule", sagte Dimitri Drill [1]), „will im Gegensatz zur Metaphysik und dem Apriorismus der klassischen Schule das Strafrecht als Erfahrungswissenschaft auffassen; sie soll eine Schule des Realismus und Positivismus sein." Damit war allerdings der Verbrecher als Objekt des Studiums bezeichnet, nicht aber die Art desselben, und diese muss gesucht werden. Dass das Studium des körperlichen Wesens des Verbrechers nicht zum Ziele führt, dass es keine „Anatomie des Verbrechers" giebt, hat Lombrosos Schiffbruch bewiesen: Es mag sein, dass einige seiner Behauptungen in gewisser Richtung in später Zeit als wahr erwiesen werden; um aber ein wissenschaftliches System daraus zu bauen, dazu ist unsere Statistik viel zu klein, unsere Beobachtungen sind viel zu lückenhaft, unsere Instrumente viel zu unvollkommen und unsere Erfahrungen viel zu jung. Aber deshalb brauchen wir den angedeuteten Weg nicht zu verlassen: Der Mensch besteht nicht nur aus dem, was er ist, sondern auch aus dem, was er thut, und wenn wir heute noch nicht so weit sind, um das Soma des Verbrechers und dessen Eigentümlichkeiten studieren zu können, so können wir dies thun mit den Äusserungen des Verbrechers, seinem Auftreten und Erscheinen in der Welt.

Und dieses Studium soll der eine, der wissenschaftliche Teil der uns vorgesetzten Arbeit sein; wir wollen den Verbrecher studieren

---

[1]) Kriminalanthropologenkongress. Brüssel 1892.

in seinem Thun und Treiben. Hierbei wollen wir uns aber dahin bescheiden, dieses Studium lediglich als ein vorbereitendes anzusehen für die spätere Arbeit, die andere verrichten sollen, wenn das Material grösser, die Methode besser und unsere Beobachtungen genauer sein werden. Heute, zu Angang der Arbeit, wollen wir uns enge Grenzen ziehen, wenig behaupten und vorsichtig schliessen, dafür aber genau beobachten, eifrig sammeln und gewissenhaft verzeichnen, damit andere, die nach uns kommen, wenigstens die Bruchsteine finden für künftigen Bau.

Wir wollen das Thun des Verbrechers studieren; wir wollen aufrichtig bekennen, dass wir nicht abzugrenzen wissen, wen wir Verbrecher nennen. Ist jeder ein Verbrecher, der ein Verbrechen begangen hat? Der in gerechter Zornesaufwallung einen erschlug, der in grösster Not sich nahm, um nicht zu verhungern, der in unzähmbarer Jagdlust Wild tötete, der, aufs tiefste beleidigt, den andern gefordert — sind das Verbrecher? Und wenn er zum zweitenmal ein Verbrechen beging, ist er dann Verbrecher? Oder wie oft muss er Verbrechen begehen, um Verbrecher zu werden? Wir stehen zweifelnd vor der Beantwortung dieser Fragen und sehen unbefriedigt zu, wie heute die Modernen mit unbedingter Sicherheit „vom Verbrecher“ reden und uns niemals sagen, wen sie damit meinen wollen. Eines haben wir vor ihnen voraus: wir hoffen, dass es einmal möglich sein wird, das wahre, echte und rechte Verbrechertum zu erkennen und abzugrenzen, nicht mit dem Massband und dem Tastzirkel in der Hand, nicht auf dem Seziertisch, sondern aus dem Thun und Treiben dessen, der verbrochen hat. Wir würden deshalb auch viel zu rasch und unsicher vorgehen, wollten wir dann sofort die Psyche des Verbrechers untersuchen und sogenannte Kriminalpsychologie treiben — hierzu haben wir noch nicht die Vorbedingungen geschaffen, wir müssen mit dem Leichteren anfangen, mit dem uns mehr Zugänglichen. Wir wissen heute noch lange nicht, wie wir die einzelnen Momente des Verbrechens beobachten und ob wir dies richtig machen, und so heisst es vorerst von Grund aus und mit den einfachsten Mitteln eine pragmatische Psychologie treiben, die das schwierigste Problem, die Psyche des Verbrechers, fast vollkommen beiseite lässt und mit peinlicher Genauigkeit die Vorgänge beobachtet, die sich in der Psyche des Richters und seiner Hülfsmannschaft, in der des Geschwornen, des Sachverständigen und namentlich der des Zeugen, abspielen, wenn er in der einen oder anderen Richtung mit einem

Verbrechen zu thun hat. Wir müssen das Normale bestimmen, unter dem absolut richtig aufgefasst wurde; wir müssen dann die allgemeinen einzelnen Einflüsse heraussuchen, unter denen die richtige Auffassung leidet; wir müssen untersuchen, wodurch sich das Vorhandensein dieser Einflüsse überhaupt erkennen lässt und wie gross die Gewalt dieser Fehlerquellen sein kann. Wir werden finden, dass der Untersuchungsrichter, der Gendarm, der Sachverständige, der Zeuge ganz anders wahrnimmt, wenn er ruhig und gleichgültig einem unbedeutenden, alltäglichen Falle gegenübersteht, ganz anders, wenn es sich um etwas Wichtiges, Grauenhaftes, Erschreckendes handelt, wenn er selbst gesund oder krank ist, wenn er Musse hat oder gedrängt wird, wenn er der Sache unbeeinflusst gegenübersteht und wenn zahlreiche Wahrnehmungen und Behauptungen anderer auf ihn einstürmen. Diese Einflüsse und den Grad ihrer Kraft müssen wir vorerst kennen, dann erst dürfen wir daran gehen, an Mittel zu denken, um ihre Gewalt aus der klaren Beobachtung ausschalten zu können. Hierzu ist dann aber in zweiter Linie die umständliche Feststellung nötig, wie der Zeuge beobachtet und wiedergiebt, welche Einflüsse es wieder auf ihn hat, wenn er ruhig und aufgeregt, gesund oder krank, beteiligt oder fremd, gleichgültig oder beeinflusst ist. Wir wollen die Kennzeichen und Proben dafür untersuchen, welche Angabe wahr, welche wissentlich oder unwissentlich falsch ist; wir wollen es studieren, welche grosse Unterschiede vorliegen, wenn der Zeuge gebildet oder ungebildet, jung oder alt, Mann oder Frau, suggerierbar oder unbeeinflussbar ist. Hier allein giebt es zu thun für zahlreiche Leben voll angestrengter Arbeit, Arbeit an Sammeln des Materiales, Sichten und Verwerten, und erst dann, wenn wir vollkommen sicheren Boden gewonnen haben, wenn wir sagen dürfen, wir wissen, was wir vom Verbrechen wahrnehmen, dann dürfen wir uns an das Studium der Psyche des Verbrechers wagen. Gleichwohl müssen wir uns aber, parallel zur genannten Arbeit, an das Studium der Emanationen der Verbrecher machen. Wir wollen zusehen, wie sie sprechen, und wollen im Gauneridiom nicht ein lediglich polizeilich interessantes geheimes Verständigungsmittel erblicken; wir wollen auch nicht grammatikalische Studien treiben und ein Vokabular auswendig lernen; wir wollen die Gaunersprache lediglich als lebenden Organismus auffassen, wie es jede Sprache ist, als das natürliche Ergebnis aller Kräfte dessen, der sie spricht; dann gelingt uns vielleicht die Feststellung, welcher Eigenschaft, welcher Auffassung, welchem Triebe,

welchem Wesen die Wahl einzelner Worte und ganzer Wortgruppen zuzuschreiben ist, und so leisten wir vielleicht wieder eine Vorarbeit zur Klarstellung dessen, was der Verbrecher ist und was ihn treibt.

Nicht minder wichtig sind Forschungen darüber, wie die Verbrecher schreiben und sich gegenseitig verständigen in Chiffre und Zeichen, wie diese so überaus charakteristischen Dinge entstanden sind, wie sie sich erhalten haben, wie sie nur bei Verbrechern und ihren Verwandten, den fahrenden Leuten und dem fahrenden Gewerbe, zu finden sind, woher man die Zeichen nahm und auf welche Verbiudungen sie deuten — wird dies energisch in die Hand genommen, so *muss* gefunden werden, welche psychischen Momente massgebend gewesen sind; es muss möglich werden, zuerst zu individualisieren und später grosse, wegweisende Normen abzuleiten.

Wir wollen uns mit den uuzähligen Gaunerpraktiken befassen, wie sie im allgemeinen benützt werden; wir wollen zusehen, wer sie übt, woher sie stammen, wann sie angewendet werden, welchen Zweck sie haben und welcher inneren Verfassung sie entsprechen; wir werden aber namentlich klarlegen müssen, von welchem Momente an Einer Gaunerpraktiken übt, d. h. inwieweit er sich auf Verbrechen eingelassen haben muss, um jene Praktiken zu benützen; denn wenn Einer von ihnen Gebrauch macht, so hat er die Absicht, dies auch ferner zu thun, sein Leben dem Verbrechen zu widmen. Es ist vielleicht heute schon nicht zu viel behauptet, wenn man sagt: „Verbrecher ist, wer Verbrechersprache spricht, wer Verbrecherzeichen kennt, wer Verbrecherpraktiken übt.“ Es kann Einer auch Verbrecher sein ohne diese wirklichen und wahrhaftigen Verbrecherstigmas; aber wer so stigmatisiert ist, der ist Verbrecher. Wenn sich dies aber bewahrheitet, dann ist die Frage der Forschung wert genug.

Wir haben aber noch andere Arbeit, wenn wir erheben, welchen Einfluss die Verbrecher aufeinander haben, wie sie einander erziehen und weiterbringen, wie sie einander suggerieren und einander den Rückweg unmöglich machen, welchen Einfluss Lektüre, Beispiel, Alkohol und andere Genüsse auf sie haben, welche Rolle auch bei ihnen das grosse Kapitel von der Frau spielt und welche unerwartet kräftige Wirkung auch heute noch der Aberglaube auf das Verbrechen hat. Unter ihm steht fast jeder Verbrecher in der einen oder andern Weise, und manches angeblich unerklärbare Verbrechen und unzählige scheinbar ganz unverständliche Vorgänge

bei Verbrechen sind zu klären, wenn man sie aus dem unabsehbaren Gebiete des Aberglaubens erklärt.

Und nun erst das Vorgehen bei einzelnen Verbrechen! Wer wird Spieler, wer Glücksspieler, wer Falschspieler? Sie alle haben eine einzige, immer gleiche Geschichte; sie alle sind aus demselben Material; sie alle haben dieselben Eigenschaften und dieselben Fehler. Bei allen waren es dieselben Anlässe, die sie zum ersten Schritte und zu jedem weiteren Schritte auf ihrer Bahn veranlasst haben. Sie haben dasselbe Aussehen, dieselben Bewegungen, dieselben Manieren und denselben Lebenslauf. Die Verschiedenheit liegt in ihrer Bildung, in ihrem Intellekt und in ihrer Widerstandsfähigkeit gegen äussere Einflüsse. Sind alle diese Fragen einmal klargestellt, dann können wir bei jedem von ihnen mit mathematischer Sicherheit das Vorleben bestimmen und ihren künftigen Lebenslauf ausrechnen. Aber das Material müssen wir haben, eine reiche Kasuistik, um daraus allgemeine Gesetze abstrahieren und von diesen auf den Einzelnen rückschliessen zu können.

Ähnliche Arbeit giebt es, wenn wir den Diebstahl klarlegen wollen. Wie macht es der Hausdieb, wie der Gelegenheitsdieb, der Taschendieb, der Wohnungseinschleicher, der Gasthofdieb, der Kirchenräuber, der Markt- und Ladendieb, der Nachschlüsseldieb, der Eisenbahndieb, der gewöhnliche Einbrecher, der schwere Einbrecher, der Leichendieb, der Felddieb bis herunter zum Wild- und Fischdieb? Ist es auf das Genaueste, bis ins einzelne Gehende festgestellt, *wie* sie es alle machen, dann erst weiss man, *wer* es macht; aus ihrer Thätigkeit erkennt man ihre Natur und ihr Wesen. — Fragen wir um das psychologisch meist so schwer zu konstruierende Verbrechen der Brandlegung, so kann es kaum zweifelhaft sein, dass wir erst dann Klarheit erhalten werden, wenn wir aus einer besonders grossen Anzahl von genau erhobenen Fällen vollkommen sicher sind, wie der Hergang bei ihnen war. Es wird niemand behaupten, dass wir aus der Art, wie ein Brand gelegt wurde, etwa erschliessen können, ob das Motiv Rache, Bosheit, Leichtsinn, Heimweh, Freude am Spektakel oder nur Unterzweck gewesen ist; wohl aber werden wir doch aus den festgestellten Thatbeständen zu Gruppenbildungen schreiten und ihre Beziehungen zu den Thätern erörtern können.

Und sehen wir uns um bei allen anderen Verbrechensarten, Körperbeschädigung und Mord, Sittlichkeitsdelikten und den so überaus schwierigen Betrugsarten u. s. w., überall kommen wir zu

demselben Ergebnis: *Die Feststellung des objektiven Thatbestandes, das Studium der Realien ist die Grundlage zum Studium des Verbrechens, und darauf erst kann das Studium des Verbrechers aufgebaut werden.*

Hier aber ist es notwendig, mit dem Mikrokosmus der Thatsachen zu arbeiten. „Ganz kleine, gut ausgewählte, mit zahlreichen Nebenumständen versehene und aufs genaueste beobachtete Fakta," sagt Taine [1]), „sie bilden heutzutage das Material jeder Wissenschaft." Wenn uns aber bange werden will vor der Mühseligkeit dieser kleinlichen Kärrnerarbeit, dann wollen wir uns mit Göthes [2]) Wort trösten: „Es ist nichts gross, als das Wahre, und das kleinste Wahre ist gross."

Wenn wir nun aber auch einsehen, dass die Ergebnisse dieser Forschungsarbeit erst in fern abliegender Zeit greifbare Leistungen bieten werden, so dürfen wir doch heute schon sagen, dass das bisher Gesammelte im Leben Verwertung finden kann, wenn es noch mit anderen praktischen Kenntnissen in Verbindung gesetzt wird. In demselben Augenblick, als wir zugeben, dass das Strafrecht als Naturwissenschaft anzusehen ist, müssen wir auch zugestehen, dass sie ein Doppelwesen ist, als Wissenschaft und als Technik in der Anwendung. Ebenso wie Chemie und Physik als reine Wissenschaft behandelt wird und gleichzeitig die Ergebnisse ihrer Forschung dem Fortschritt der Menschheit dienstbar macht, ebenso ist es mit allen Zweigen der Medizin: Interne, Chirurgie, Pharmakognosie, Geburtshülfe und die einzelnen Zweige der Specialwissenschaft führen alle ein Doppelleben als wahre Forschungswissenschaft und als praktische Technik zur Hülfe der Menschheit, und selbst die sogenannt rein theoretischen Fächer, Anatomie, Physiologie und Pathologie, liefern Jahr um Jahr der praktischen Heilkunde die wertvollsten Hülfen. Kein Mensch hat noch behauptet, es solle auf den Universitäten einzig und allein die wissenschaftliche Forschung der Medizin gelehrt werden, man möge die eigentliche Heilkunde der Praxis überlassen: Chirurgische Operation, Geburtshülfe, interne Heilkunde und tausend andere Praktiken sind nichts anderes als Technik, freilich das Ergebnis wissenschaftlicher Forschung, aber doch nur Technik, und sie wird auf der Universität gelehrt, obwohl sie prak-

[1]) Taine, „Der Verstand".

[2]) Brief v. 8./6. 1787, Göthes Tagebücher und Briefe an Frau von Stein und Herder.

tisch ist. „Die freie Wissenschaft“, sagt v. Liszt[1]), „die freie Wissenschaft im Dienste der staatlichen Zwecke, das ist der Doppelcharakter der deutschen Universität — Verbindung von Forschung und Unterricht.“

Und dies verlangen wir für unsere Disciplin auch; man gab den Studenten bis heute lediglich die Theorie des Strafrechts; das Praktische desselben, alle Realien des Faches, das Wesen des Objektes ihres Faches, den Menschen, hat man sorgfältig vor ihnen verhüllt; dies alles sehen sie zum erstenmal, wenn sie in der Praxis auf ihre Nebenmenschen losgelassen werden und sich zum ersten-, allererstenmal im Leben mit den wichtigsten Dingen für Ehre, Freiheit und Leben der Bürger befassen sollen. Freilich lehrt die Praxis selber viel, aber zum ernsten, wirklichen Studium ist keine Zeit, keine Gelegenheit und kein Ernst mehr vorhanden; was die Tagesarbeit neu giebt und dann fortbildet, das ist Routine; nur wenn sie ernste und brauchbare Kenntnisse vorfindet, dann bildet sie diese auch aus zu wertvollem Wissen; die Tagesarbeit kann nur entwickeln, schöpfen kann sie nicht.

Deshalb muss auch strenge geschieden werden zwischen dem eigentlichen Strafrecht, das immer und für immer intakt bleiben muss, und der Kriminalistik; ein Vermengen beider wäre nicht nur zwecklos, sondern einfach ein Unding; niemand wird behaupten, dass man aus der Beobachtung von Fussspuren und dem Studium von Gaunerzinken eine Klärung für die Theorie der Mitschuld oder des Versuches hoffen darf — das eine findet keine Anwendung auf das andere; aber ich behaupte, dass die Kenntnis des einen ebenso wichtig ist, wie die des anderen, und abermals sage ich es auch hier: Es sind unendlich viel mehr Strafprozesse falsch geführt, unendlich viel mehr Schuldige nicht gefunden und Unschuldige verhaftet worden, weil der betreffende Strafrichter sich mit Fussspuren, Gaunerzinken und Verbrecherpraktiken nicht zurechtfand, als weil er etwa unklare Vorstellungen über die Mitschuld hatte oder die neueren Theorien über den Versuch nicht kannte. Es ist selbstverständlich, dass die Kriminalistik auf der Universität nicht die *Form* der strafrechtlichen Praxis klarlegen soll — dazu ist die Praxis selber da, auf der Universität fehlt das Material hierzu; wohl aber soll das Reale des Prozesses gelehrt werden, und daran die Aufgabe, die Methode und die Denkweise desselben.

[1]) „Zur Reform des jurist. Studiums“, Rektoratsrede 17./10. 1886. Berlin, Guttentag, 1886.

Fragen wir nun weiter, was die Kriminalistik in ihrem zweiten Teile ihres Doppelwesens als Forschung und Unterricht zu leisten hätte, so wollen wir sagen, dass sie einerseits die Ergebnisse ihrer Forschungen in den Dienst der praktischen Arbeit zu stellen und andererseits das so Gebotene durch eine Reihe von Techniken zu ergänzen hätte, die für sich wieder das Pragmatische von Disciplinen darstellen. Hiernach können wir das System einer Kriminalistik in drei grosse Gruppen teilen:

I. *Die Thätigkeit des Untersuchungsrichters im allgemeinen,* die sich als angewandte Strafprozessordnung darstellt. Giebt das Gesetz Vorschriften darüber, was der Untersuchungsrichter thun soll und thun darf, so beschäftigt sich die Kriminalistik mit der Durchführung dieser Frage; sie erhebt, wie der Untersuchungsrichter heranzubilden sei, welche Eigenschaften er haben soll, wie er sich zur Arbeit und seiner Umgebung zu stellen hat; sie will ihn auf die Gefahren aufmerksam machen, die ihm bevorstehen, und sucht die Mittel aufzufinden, wie er sich davor bewahren kann.

Desgleichen: Das Gesetz schreibt vor, wer als Zeuge zu vernehmen ist und wie dabei vorzugehen ist; das Gesetz behandelt den Zeugen aber nur als *prozessualen Faktor,* die Kriminalistik sucht ihn als *Menschen* klarzulegen; sie trachtet, mit den Verschiedenheiten abzurechnen, die zwischen den einzelnen Menschen und zwischen den verschiedenen Lagen des einzelnen Menschen bestehen; sie will zeigen, worin diese Verschiedenheiten bestehen, wie sie zu erkennen sind, und welchen Wert sie an sich der einzelnen Aussage verleihen; sie will aber auch den Untersuchungsrichter anweisen, wie er brauchbare und richtige Aussagen erhalten kann.

Dasselbe Verhältnis stellt sich dar in Bezug auf den richterlichen Augenschein, die Aufnahme eines Lokalbefundes, Besichtigung anderer für den Prozess wichtiger Gegenstände. Das Gesetz bestimmt, wann, wie und unter welchen Kautelen hierbei vorzugehen ist; die Kriminalistik bestrebt sich, die eigentliche Technik des Vorganges, die Hülfsmittel, Erleichterungen und Sicherungen zu zeigen, darzuthun, welche von ihnen sich für unsere Zwecke als brauchbar gezeigt haben und welche Gefahren entstehen können, wenn in dieser oder jener Weise unrichtig vorgegangen wird, oder wenn von einem unerfahrnen oder allzu eifrigen Untersuchungsrichter bloss in einer bestimmten Richtung gearbeitet wird. — Die zweite Gruppe handelt:

II. *Von den Hülfen des Untersuchungsrichters.* Ist die erste Abteilung eine angewandte Strafprozessordnung, so ist die zweite eine angewandte gerichtliche Medizin, Chemie, Physik, Photographie etc. Ihr sollen zwei wichtige Aufgaben zufallen: Sie soll den Untersuchungsrichter darauf aufmerksam machen, von welchen Sachverständigen er überhaupt Hülfe zu erwarten hat; weiters soll sie ihn aber auch damit vertraut machen, was ihm der Sachverständige sagen kann. Das zu behandelnde Material muss also mit ganz bestimmten Grenzen umrissen sein, die weder zu weit noch zu enge sein dürfen, die nirgends in Einzelheiten verlaufen, aber immer so weit sein müssen, dass der Untersuchungsrichter das zu Erhaltende sicher überblicken kann. Das wichtigste Moment hierbei geht dahin, ernstlichst zu verhindern, dass der Untersuchungsrichter über seine Grenze gehe, dass er sich um Dinge bekümmert und sie zur Entscheidung bringen will, die nicht seines Amtes sind, und die er nicht versteht; die Endabsicht soll dahin gehen, dass der Untersuchungsrichter nicht weniger die Sachverständigen befragt, sondern viel öfter und viel mehr, als es heute geschieht, da nicht daran gezweifelt werden kann, dass wir in unseren Strafprozessen unendlich viel wichtige Momente unberücksichtigt lassen, aus denen Klärung und Sicherheit kommen könnte, wenn man die richtigen Leute fragen würde. Ebendeshalb muss der Untersuchungsrichter aber wissen, was ihm die verschiedenen Sachverständigen sagen können; er darf die Geduld und Arbeitsfreudigkeit des Sachverständigen nicht dadurch erschöpfen, dass er thörichte und nicht zu beantwortende Fragen stellt; er muss aber auch wissen, was der Sachverständige noch sagen kann, damit er dessen Wissen und dessen Hülfe vollkommen ausnützt. Allerdings ist dies schon sehr viel, was da vom Untersuchungsrichter verlangt wird — er muss nicht nur mit einer gar nicht unbedeutenden Menge positiven Wissens auf den Plan treten, sondern er muss in einer ganz bedeutenden Zahl von Disciplinen mit den neuen Errungenschaften Schritt halten und immer darüber orientiert sein, was sie heute bewältigen können. Wir Juristen sind die raschen Bewegungen anderer Wissenschaften nicht recht gewöhnt und wir wundern uns, wenn Vertreter anderer, namentlich der naturwissenschaftlichen, Richtungen ein Buch beiseite legen, weil es ein halb Dutzend Jahre alt ist: „Es gehört der Historie an, brauchbar ist's nimmer."

Die Kenntnisse, die ich vom Untersuchungsrichter in dieser Richtung verlange, sind ihm aber noch in anderer Weise nötig:

er muss so weit unterrichtet sein, dass er sich auch in jenen Fällen zu helfen weiss, in welchen er den Sachverständigen *noch* nicht oder *überhaupt* nicht zur Seite hat, Fälle, die sich namentlich auf dem Lande oft genug ereignen, und bei welchen begangene Fehler sich am allerschwersten rächen. Jeder kennt sie, jeder weiss, wie sehr die Strafrechtspflege gerade von ihnen am meisten zu leiden hat. Das Quantum des Wissens für den Untersuchungsrichter ist hier im allgemeinen nicht schwer zu bestimmen: er muss so viel wissen, um Missgriffe zu vermeiden, um für den später eintretenden Sachverständigen vorgearbeitet zu haben. Er muss also einerseits beiläufig wissen, was der Sachverständige sagen wird, andererseits, was derselbe nötig haben wird. Die Fälle sind sehr häufig, in welchen der Sachverständige nicht mitgenommen wird, weil nicht so lange gewartet werden kann, oder weil nach der ersten Anzeige seine Mitwirkung gar nicht nötig schien, oder weil ein Sachverständiger für das betreffende Fach — z. B. ein Physiker, ein Botaniker — im Orte gar nicht existiert. Hier kann die ganze Entscheidung eines wichtigen Falles einzig davon abhängen, dass der Untersuchungsrichter, der ganz ohne Hülfe erschienen ist, nicht nur die Bedeutung eines Objektes überhaupt erkennt und sich desselben bemächtigt, sondern dass er auch weiss, wie er dasselbe zu behandeln hat. Hierzu sind nicht ganz unübersehbare Mengen von Kenntnissen positiver Art nötig; es genügt, wenn der Untersuchungsrichter einen allgemeinen Überblick über die Sache hat und diesen dann lediglich nach den Regeln der Logik so verwendet, dass er das zu Bewerkstelligende dem vorliegenden Falle anpasst. Ein einziges Beispiel mag zeigen, was ich meine. Sagen wir, der Untersuchungsrichter habe sich wegen eines Vergiftungsfalles an Ort und Stelle begeben; sagen wir weiter, ob Dringlichkeit des Falles, Vernehmung des Schwerkranken, einstweilen ohne Gerichtsarzt. Gesetzt, er nähme nun bei der Vernehmung wahr, dass auf dem Kopfpolster, der Bettdecke oder dem Sacktuch des Vergifteten, von Erbrochenem herrührend, ein winziges Partikelchen einer Blattspitze klebt. Kein Mensch der Welt wird nun vom Untersuchungsrichter verlangen, dass er etwa erkennen solle, von welcher Giftpflanze jenes Partikelchen herrührt, weiters, dass er etwa mit der Technik der Lupe oder des Mikroskops so weit vertraut sei, dass er selber die Untersuchung des Blattrestes vornimmt, oder dass er nur die verschiedenen Konservierungsmethoden kennt, mit welchen er das Objekt am besten frisch behalten kann, um es später untersuchen

zu lassen — das alles wären thörichte, unerreichbare und höchst gefährliche Forderungen. Aber anderes verlangen wir vom Untersuchungsrichter, was wirklich seines Amtes ist: vor allem, dass er überhaupt das Vorhandensein der Blattspitze bemerkt hat, dass er also sein ganzes Können so sehr dem Falle zugewendet hat, dass ihm auch die Kleinigkeit nicht entgangen ist. Er muss weiters sich gegenwärtig gehalten haben, dass diese Blattspitze möglicherweise das Restchen einer gefährlichen Giftpflanze sein kann; er muss wissen, dass der Mikroskopiker und Botaniker mit grösster Wahrscheinlichkeit aus diesem winzigen Partikelchen die Giftpflanze selbst bestimmen kann, und er muss endlich wissen, dass sie das vielleicht aber nur thun können, wenn ihnen dasselbe nicht in vertrocknetem Zustande geliefert wird, und dass er also vielleicht den ganzen Fall retten kann, wenn er das Pflanzenrestchen mit einem Tropfen reinen Wassers verwahrt und den Sachverständigen übergiebt.

Und so, wie für diesen Fall, liesse es sich für jeden wichtigen Kriminalfall genau herauskonstruieren, was der Untersuchungsrichter nicht zu wissen braucht, nicht thun darf, und was er wissen soll und was er thun muss. Man sage nicht, dass es hierfür Lehrbücher der gerichtlichen Medizin giebt: Vor allem sind dieselben wohl *für* Juristen, aber *von* Medizinern geschrieben, denen die Notdurft des Juristen und der Mangel von Vorkenntnissen fremd ist; weiters sind diese Bücher viel zu umfangreich und gehen gerade darauf, was der Untersuchungsrichter braucht, niemals ein, und endlich ist der Gerichtsarzt zwar der für den Strafrichter wichtigste Sachverständige, aber ausser ihm giebt es für unzählige Fragen noch viele Sachverständige, die heran müssen, und für die wir bis heute keine Lehrbücher haben, die den Lehrbüchern für forense Medizin analog wären.

III. Die dritte Gruppe umfasst endlich einerseits die besonderen Kenntnisse und Fertigkeiten des Untersuchungsrichters und das Vorgehen des Untersuchungsrichters bei einzelnen Verbrechen. Sie handelt also von der eigentlichen Technik des Untersuchungsverfahrens, Dinge, die nur in der Kriminalistik ihre Pflege finden und für die es keine besonderen Sachverständigen hat. Hierher gehört das Wesen der verschiedenen Gaunerpraktiken, die Gaunersprache, die Lehre vom Aberglauben, ein Kapitel über das Sonderwesen der Zigeuner und Waffenlehre, letztere insoweit, dass der Untersuchungsrichter die Wirkungen und die Natur der einzelnen

Waffen kennt, damit er mit dem Beschuldigten und den Zeugen ein sachlich brauchbares Gespräch führen kann und, bei dem Umstande, als er nicht zu jedem Verhöre Sachverständige zuziehen kann, sich nicht, sehr zum Schaden der Untersuchung, das unsinnigste Zeug vorreden lassen muss. Die einzelnen Fertigkeiten, die der Untersuchungsrichter kennen muss, umfassen das Zeichnen, Netzzeichnen, Aufnehmen, Modellieren, Abformen, Abklatschen, Restaurierungen und Ähnliches, lauter Dinge, die sich in der That für unsere Zwecke in kürzester Zeit genügend lehren und einüben lassen. Das Gleiche gilt von der wichtigen Lehre der Fussspuren, Blutspuren und Dechiffrierkunde. In besonderen Kapiteln werden dann die Behandlung und das Vorgehen bei den einzelnen Delikten gezeigt, die sich dann gewissermassen als angewandtes materielles Strafrecht darstellen; hat der Student in *einem* Hörsaale gehört, was man unter Brandlegung versteht, wie sie gestraft wird, was zum Thatbestande gehört, so soll er im andern Saale hören, wie man bei einer Brandlegung vorgeht, wie eine Brandlegung geschieht, welche Mittel es hierzu giebt, wie man auf das speciell angewendete schliessen kann, auf was man aufzumerken hat, welche Wirkung die einzelnen Mittel haben etc. Abgesehen davon, dass man diese Dinge kennen *muss*, und dass man sie, wenn nicht eher darin unterrichtet, nur durch Fehler bedenklichster und schwerwiegendster Art kennen lernt, abgesehen hiervon, müssen diese Mitteilungen, gleichsam als Illustration dienend, zur Belebung und zur Erhaltung des Interesses für die materiellen Lehren zweifellos dienen.

Fassen wir das Gesagte zusammen, so können wir es in wenigen Worten thun; wir wollen:

1. Vollständiges Unberührtbleiben des eigentlichen Strafrechtes von allen verwandten Disciplinen, kein Hereinbringen von Anthropologie, Sociologie, Kriminalpolitik und Kriminalstatistik.
2. Anerkennung der Naturwissenschaftlichkeit einer besonderen Disciplin, die den Menschen selbst in Relation zum Verbrechen als Gegenstand hat.
3. Konstruktion der Kriminalistik als Vorarbeit für das Studium des Menschen als Verbrecher als Gegensatz zur positivistischen Schule Lombrosos und seiner Leute.

Wir stehen heute im Zeichen des Civilrechtes und seines Prozesses — ihm gehören dermalen die besten Kräfte, Geld und Interesse. Wir Kriminalisten gönnen dem Civilrecht seinen Hochgang und verstehen seinen Wert, aber auch wir verlangen Berücksichtigung, soweit es unser Fach braucht, und dass wir einen Stein herbeischaffen zum Fortbau des Strafrechts, wenn wir seine Realien studieren — das sei unsere Arbeit!

La loi vaudoise sur le sursis à l'exécution des peines.

Par

M. le Dr *George Favey,*

professeur de droit pénal à l'université de Lausanne.

La loi vaudoise sur le sursis à l'exécution des peines doit son origine à une motion déposée au Grand Conseil le 22 novembre 1895 par quelques députés, prise en considération et renvoyée au Conseil d'Etat le 5 mai 1896 avec invitation à cette autorité d'élaborer un projet de loi. Ce projet, déposé au commencement de l'année, a été définitivement adopté le 13 mai dernier avec quelques modifications.

La loi vaudoise s'est essentiellement inspirée de la loi genevoise et n'en diffère que sur quelques points; elle est du reste fort large en ce qui concerne le bénéfice du sursis.

Ce bénéfice est accordé à tous condamnés à l'amende, à la réclusion ou à l'emprisonnement n'excédant pas six mois. On pourra s'étonner de voir un condamné à la réclusion profiter d'une faveur de cette nature, mais il ne faut pas oublier que, dans le Code pénal vaudois, la réclusion et l'emprisonnement sont des peines parallèles ayant un même minimum de un jour. Ne sont exclus du sursis que les inculpés ayant commis auparavant un délit intentionnel puni d'une peine privative de liberté; ne sont donc pas exclus du sursis les condamnés pour délits d'imprudence et les condamnés à une simple amende; par contre, on tient compte des condamnations prononcées à l'étranger.

Sur un point, le Grand Conseil s'est montré moins large que le projet du Conseil d'Etat. D'après le projet, un premier sursis n'empêchait d'en accorder un second au même inculpé que si les

deux délits étaient de même nature, comme le fait la loi de Genève; auraient été considérés comme délits de même genre, ceux indiqués comme tels par l'art. 68 du Code pénal, relatif à la récidive. La commission a fait observer, que le projet ne fixant aucune limite d'âge, il était dangereux d'admettre la possibilité de plusieurs sursis, d'autant plus que la classification des délits de même genre de l'art. 68 du Code pénal était très criticable, et le Grand Conseil s'est rangé à ces raisons.

La seule condition mise à l'obtention du sursis est que le condamné paraisse *digne de cette mesure;* les auteurs du projet ont estimé qu'en cette matière, il fallait donner au juge une grande latitude, sans lui prescrire certaines conditions spéciales; la loi vaudoise est ainsi plus large que le projet suisse et que la loi genevoise qui exige la justification d'un domicile.

En ce qui concerne les mentions au casier judiciaire, la loi vaudoise est aussi très libérale; la mention n'est pas portée au casier au cours du sursis; le Parquet tient un registre spécial des sursis qui n'est communiqué qu'aux autorités judiciaires, pour assurer l'exécution de la loi.

LOI
du 13 mai 1897
sur le sursis à l'exécution des peines.

Le Grand Conseil du canton de Vaud,

Vu le projet de loi présenté par le Conseil d'Etat;

DÉCRÈTE:

ARTICLE PREMIER.

Lorsqu'un inculpé, n'ayant encouru, en Suisse ou à l'étranger, aucune condamnation à une peine privative de liberté pour une infraction intentionnelle prévue par la loi vaudoise, est condamné dans le canton à la peine de l'amende, de l'emprisonnement ou de la réclusion n'excédant pas six mois, le juge pourra ordonner, si le condamné lui paraît digne de cette mesure, qu'il sera sursis à l'exécution de la peine prononcée.

La décision motivée du juge sera insérée dans le jugement de condamnation. Le juge fixera le délai du sursis selon les circonstances; ce délai ne pourra être moindre de 2 ans ni excéder 5 ans.

Art. 2.

Les peines accessoires et les incapacités légales résultant de la condamnation ne commenceront à courir que du moment où la peine principale sera mise à exécution.

Art. 3.

Si, dans le délai fixé, le condamné n'a commis aucune infraction intentionnelle réprimée par la loi vaudoise, la condamnation est réputée non avenue.

Par le seul fait de l'expiration du délai, le condamné est définitivement déchargé de toute peine et de toutes conséquences entraînées par la condamnation.

Art. 4.

Si, dans le délai fixé, le condamné commet une seconde infraction intentionnelle prévue par la loi vaudoise, la première peine prononcée sera exécutée, sans qu'elle puisse se confondre avec la seconde.

Les dispositions de la loi sur la récidive sont applicables à la seconde infraction.

Art. 5.

Si la seconde infraction a été commise hors du canton, la première peine prononcée sera exécutée dès que le condamné pourra être atteint, à moins que cette peine ne soit prescrite.

Dans ce cas, la prescription de la première peine ne commencera à courir que du jour où la seconde condamnation aura été prononcée.

Art. 6.

Le sursis à l'exécution de la peine est sans préjudice des droits de la partie lésée; il n'a pas pour effet de décharger le condamné du paiement des frais de justice, ni des condamnations à des restitutions ou à des dommages-intérêts.

Art. 7.

Le condamné qui a obtenu le bénéfice du sursis à l'exécution ne pourra plus être l'objet d'une mesure semblable.

Art. 8.

En donnant connaissance au condamné du jugement lui accordant le bénéfice du sursis, le juge attirera son attention sur les conséquences qu'entraînerait pour lui une nouvelle infraction.

Art. 9.

Les condamnations accompagnées d'un sursis à l'exécution de la peine ne sont portées dans les tableaux des condamnations qu'après que l'exécution en aura été ordonnée; elles ne sont pas mentionnées dans les extraits du casier judiciaire délivrés aux intéressés au cours du délai de sursis.

Le Parquet du procureur général est chargé de tenir à jour un registre spécial des condamnations accompagnées d'un sursis à l'exécution; ce registre sera communiqué périodiquement, et dans la forme prescrite par le Conseil d'Etat, aux magistrats informateurs et aux tribunaux.

Art. 10.

Les dispositions de la présente loi ne sont pas applicables en cas de condamnation par défaut; elles sont applicables si le condamné par défaut a obtenu le relief du jugement, conformément à la loi.

Art. 11.

Les dispositions de la présente loi sont applicables aux délits réprimés par les lois spéciales; elles ne sont pas applicables aux condamnations prononcées pour des contraventions aux lois fiscales et de police, ni aux délits et contraventions prévues par les lois fédérales.

Art. 12.

Le Conseil d'Etat est chargé de l'exécution de la présente loi, qui entrera en vigueur dès le 1er juin 1897.

Strafe und Schuld.

Von

Jur. Dr. *Oskar Kraus* in Prag.

„*Τρέφονται γαρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι*
„*ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θειοῦ.*“ (Heraklit.)

I. Die Strafe.

1. In einer anregenden Abhandlung über „Die Begehung von Verbrechen durch Unterlassung“ [1]) richtet Professor Stooss an die kriminalistische Wissenschaft die Aufforderung, dem Grundsatze „*keine Strafe ohne Schuld*“ zur Anerkennung zu verhelfen; dann, meint er, verschwänden die Schulfragen über *Kausalzusammenhang* für den praktischen Kriminalisten von selbst, und dürften die Kontroversen über das Kausalproblem den Philosophen und etwa noch den Civilisten überlassen werden. Dass das Kausalitätsproblem für die praktischen Fragen des Strafrechts nicht fruchtbringend sei, haben hie und da Juristen wie *Schütze* und *Lammasch* nachdrücklichst betont; dennoch steht der Streit um dieses metaphysische Problem fortdauernd im Vordergrunde des juristischen Interesses, und man fragt sich verwundert, wieso es komme, dass die „*Ursache im Recht*“ so eingehend diskutiert werde, wo doch *Jhering* das Verdienst beansprucht, die Aufmerksamkeit der Rechtsbeflissenen auf den „*Zweck im Recht*“ hingelenkt zu haben. Seine diesbezüglichen, umfangreichen und viel gelobten Arbeiten konnten die *Mehrzahl* der Juristen nicht zu einer intensiveren Ausbeutung des „Zweckgedankens“ [2]) oder

[1]) Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, 1896, IX, 3. Heft.

[2]) Versuche wurden wohl gemacht; zu den glücklichsten gehört v. Liszts Rechtfertigung der Strafe in §§ 12 und 15 seines Lehrbuches, 6. Aufl., wenn wir vom Schlussabsatze des § 15 absehen.

gar zur Umkehr von dem einmal eingeschlagenen Wege bestimmen; heute noch hat es vielfach den Anschein, als ob Wohl und Wehe der Jurisprudenz, insbesondere des Strafrechts, von der gründlichsten Berücksichtigung des *Ursachenmomentes,* nicht im mindesten aber von der des *Zweckes* [1]) abhinge.

Allein der fundamentale Irrtum *Jherings* in dessen Auffassung des Sittlichen als eines durchaus *Relativen* erklärt den Mangel einer durchgreifenden, praktischen Nachwirkung seiner Theorie zur Genüge. Eine normative Disciplin ohne höchste, leitende Grundsätze ist eine Unmöglichkeit; wie der Logiker ohne ein schlechthin Seiendes und Nichtseiendes, Anzuerkennendes und zu Leugnendes, *so kann der Ethiker ohne ein schlechthin Seinsollendes und Nichtseinsollendes nicht operieren* [2]). *Wenn der Ethiker nicht, so auch nicht der Jurist, der als Gesetzgeber und Gesetzeshandhaber einen eminent sittlichen Beruf zu erfüllen hat.*

---

[1]) Wir denken hier nicht an jene höchst fragwürdigen Zwecke, die im Laufe der Geschichte oft genug die Schöpfer der Gesetze geworden sind, sondern an jene, die es werden *sollen.* Dies wird aus dem Folgenden sich klar ergeben; die Verachtung, die von „positivistischer" Seite jener Rechtsphilosophie entgegengebracht wird, die sich „einem sein sollenden Rechte" zuwendct, wollen wir gerne ertragen; sich in der Gesellschaft von Plato, Aristoteles oder Leibniz verachten zu lassen, ist erträglich.

[2]) Nicht nur die grossen Denker des Altertums, auch die späterer und jüngster Zeit waren dieser Überzeugung. So anerkennt *John Stuart Mill,* ein in Fragen der Kausalität von den Juristen viel citierter, in Hinblick auf den Zweckgedanken vernachlässigter Forscher, es müsse entweder einen fundamentalen Satz oder Gesetz als die Wurzel aller Moralität geben, oder es müsste, falls deren mehrere sein sollten, unter denselben eine bestimmte Rangordnung der Präcedenz obwalten, und jener eine Fundamentalsatz oder die Regel, nach welcher zwischen den verschiedenen Grundsätzen zu entscheiden ist, falls sie einander widerstreiten, für sich selbst evident sein. Ein anderer angesehener Denker der jüngsten Zeit, *Hermann Lotze,* hat Ähnliches mit aller Klarheit behauptet; hat er sich auch nicht von dem Irrtum ganz befreien können, die ethischen Prinzipien für angeboren zn halten, so verliert dieser Vorwurf doch von seinem Ernste, wenn Lotze in seinem nachgelassenen Aufsatz über dieses Thema erklärt, indem er die moralischen Ideen angeboren nenne, meinc er nur, „dass sie von unbedingter, verpflichtender Heiligkeit" sind. In seincr Lehrmeinung über die Sanktion für recht und sittlich finden wir ihn dem Richtigen näher als irgend einen: „Eine sittliche Beurteilung unserer Handlungen kann nur von dem Bewusstsein unbedingt verpflichtender Ideale ausgehen, deren Verwirklichung uns obliegt unter allen Umständen, welche uns zum Handeln auffordern." „Suchen aber werden wir diese letzten Grundsätze . . . . in der völlig unmittelbaren Evidenz, mit welcher unser Gewissen, befragt in Bezug auf dic einfachsten Formen unserer möglichen Handlungen, sein unwiderrufliches Urteil der Billigung oder Missbilligung ausspricht. Anstatt dieses Anfangs geben wir keinen andern zu."

2. Wie die oberste und unwandelbare Pflicht und Norm in der grösstmöglichen Realisierung der geistigen Güter besteht, und wie die *seelische Erfahrung* dieser Güter (der Freude und Lust, der Erkenntnis, des Ideenreichtums, der edlen Gemütsthätigkeiten) das Kriterium des innern *Wertes* eines jeden von ihnen und der *Vorzüglichkeit* ihrer Summierung enthält, habe ich nach dem Vorgange *Brentanos* an anderem Orte ausführlich dargestellt[1]). Dort habe ich auch betont, dass dieser höchste, sittliche Zweck ebenso von Zeit und Raum, wie von der Anerkennung und Befolgung des Menschen unabhängig ist, dass aber allerdings die *Mittel* und sekundären *Regeln* seiner Realisierung mit den Umständen wechseln.

Die vornehmste Aufgabe des juristischen Politikers ist es, mit Hinblick auf dieses höchste Ideal alles menschlichen Strebens die den natürlichen und socialen Verhältnissen bestentsprechende Determination und Sicherung jener Pflichten vorzunehmen, die auf das Zusammen- und Aufeinanderwirken der im Dienste des Guten vergesellschafteten Menschen Bezug haben. Die Pflicht des Individuums, seinen Nächsten in der Verwirklichung und Bewahrung von Werten, in der Vernichtung und Abwehr des Übels nicht dadurch zu beeinträchtigen, dass es durch sein Verhalten vorübergehend oder dauernd störende Schädlichkeiten oder Unwerte erzeugt, stellt jeweilig an das menschliche Thun und Lassen verschiedene

---

[1]) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band XVII, 4./5. Heft, in meiner Abhandlung über „Das Motiv". — *Brentanos Grundlegung der Ethik* ist enthalten in seiner Schrift „Vom Ursprung sittlicher Erkenntnis", Leipzig, Duncker & Humblot. Wie schon wiederholt, kann ich nicht umhin, auch diesmal auf die hervorragende Bedeutung dieser kleinen Schrift hinzuweisen; nach meiner Überzeugung hat Brentano in ihr die Prinzipien der Ethik aus ihrem Urquell, den er als der erste aufgedeckt hat, unmittelbar geschöpft; seine überaus feinen psychologischen Analysen stossen aber begreiflicherweise auf grossen Unverstand in einer Zeit, wo, mit *Lotze* zu reden, „jene ganz widerwärtige und einfältige Gewohnheit sich mit so grossem Aplomb spreizt, in die unterhaltenden Einzelheiten der Naturgeschichte hinabzusteigen, um aus einer aufsteigenden Entwicklungstendenz der Tierwelt, die man erkannt zu haben sich einbildet, den Gipfel zu konstruieren, der konsequent das Verhalten der Menschheit bilden müsste. Wenn wir in unserem eigenen Gewissen die unwiderrufliche Richtschnur unseres sittlichen Urteils nicht finden könnten, von den Bestien würden wir sie gewiss nicht erhalten; denn was uns auch ihre Beobachtung lehren könnte, dass die Entwicklungsreihe, die wir an ihnen zu finden glauben, aufwärts zu dem Vollkommenen und nicht abwärts zu dem Schlechten geht, können wir doch nur wissen, weil uns vorher vollkommen klar ist, was wir als das bessere und was als das schlechtere Ende dieser Skala ansehen müssen."

Anforderungen, die, sofern sie nicht jedermann durch natürliche Erwägung zu erkennen im stande ist, in volkstümlich-klaren Bestimmungen[1]) positiver Satzung ausgedrückt oder enthalten[2]) sein sollen.

3. Da nun einerseits jene Begierden, die das praktische Verhalten des Menschen bestimmen, gar häufig infolge sittlicher oder intellektueller Unvollkommenheit schwere, mittelbare und unmittelbare Benachteiligungen des „höchsten praktischen Gutes“[3]) mit sich bringen, anderseits aber die Grösse der drohenden Schädigung zu energischer Abwehr aufruft, sieht sich die zur Verfolgung ihrer sittlichen Zwecke mit souveräner Macht ausgestattete, öffentliche und gesetzgebende Gewalt bestimmt, diesen Tendenzen zu schwerster Schädigung in der Furcht vor einem drohenden, empfindlichen Übel ein wirksames Gegengewicht zu schaffen, und durch den Strafvollzug nicht nur dessen abschreckende Kraft zu sichern, sondern vermöge der in ihm eingeschlossenen Dispositionsbeeinflussung und Freiheitsbeschränkung wichtige Präventivmassregeln zu treffen.

So wird immerhin ein erfolgreiches, wenn auch unvollkommenes Surrogat dessen erzielt, was ethische und intellektuelle Erziehung und Beseitigung wirtschaftlichen Elends viel sicherer leisten würden. In diesem von der Drohung und Verhängung der Strafe, durch Verhütung grösseren Schadens seitens des Übelthäters und seitens

---

[1]) Hierüber treffend: Carl Stooss, „Der Geist der modernen Strafgesetzgebung“, Wien 1896, S. 19 ff.

[2]) Die meisten Normen, die unter Strafsanktion gestellt sind, gehören dem „ungesetzten Rechte“ an, teils weil die Satzung allgemein bekannter, ethischer Regeln überflüssig ist, teils weil sie aus der hypothetischen Strafsanktion zu erschliessen sind; *letzteres hat Binding neuerdings betont*, während ihm freilich der ethische Charakter der Norm und damit das *Wesen* des Rechts verschlossen blieb. — Auch von dem verdienstvollen *Merkel* ist es nicht klar erfasst worden; seine Trennung von Zweckmässigkeit und Gerechtigkeit bedeutet einen bedauerlichen Rückschritt gegenüber Bentham und J. St. Mill, die beide schon die Gerechtigkeit als eine Art der Nützlichkeit schlagend nachgewiesen hatten.

[3]) So nenne ich mit Brentano den höchsten sittlichen Zweck, das summum bonum; ich bemerke, dass ich, wie alle Schüler Brentanos, nicht aus dessen durch *Druck* veröffentlichten Werken allein schöpfe, sondern auch was in die mündliche Tradition der Schüler übergegangen ist — und dies ist der bei weitem grössere Teil seiner Errungenschaften — mir zu nutze gemacht habe; als reichlichste Quelle dienten mir die Kollegien Prof. *Martys* in Prag; einiges verdanke ich unmittelbarer Belehrung durch Brentano selbst. Vgl. *„Das Motiv“*, S. 471, und *„Das Bedürfnis“*, ein Beitrag zur beschreibenden Psychologie von O. Kraus, Leipzig 1894, Einleitung.

dritter, mit Recht erwarteten überwiegenden Nutzen liegt die sittliche Rechtfertigung des ihr eigentümlichen und wesentlichen Übels; zugleich liegt darin die dringendste Mahnung, letzteres auf jenes Minimum einzuschränken, das mit moralischer Sicherheit als eben unvermeidlich erkannt wird; bringt doch die Strafe nicht nur Unlust, Trauer, Schmerz und Nachteile für unbeteiligte dritte mit sich, sie hindert oder lähmt regelmässig das freie Wirken des Individuums.

4. Die Tendenz jeglicher Strafe geht auf die Verhütung oder grösstmögliche Hintanhaltung gewisser besonders bedeutender, von menschlicher Willensmacht abhängiger, Schädigungen des höchsten Gutes. Dieser Strafzweck bestimmt Art und Mass der Strafe.

Die Verhütung wird mit um so grösserer Energie anzustreben sein, mit je grösserer Wahrscheinlichkeit eine je grössere Summe von solchen Übeln auf einmal oder nacheinander zu erwarten ist, also je *schwerer* die drohende, einzelne Schädigung ist und je wahrscheinlicher ihr Eintritt, beziehungsweise ihre Wiederholung gewärtigt werden muss — je grösser mit einem Worte die Gefahr erscheint.

Da die Strafe durchschnittlich ein in direkter Proportion zu ihrer Schwere gefürchtetes Übel ist, wird als regelndes Prinzip für ihre Steigerung vorerst der Satz hinzustellen sein, die Strafe müsse mit der Grösse der einzelnen *verpönten* Schädlichkeit wachsend angesetzt werden.

Da ferner erfahrungsgemäss die Tendenz besteht, dass die Menschen dasjenige, von dem sie überzeugt sind, es durch ihr willkürliches Verhalten herbeizuführen, auch thatsächlich realisieren, wird die Strafe sich der Grösse des *an das willkürliche Verhalten geknüpft erwarteten* verpönten Übels, oder, wie man sich ausdrücken kann, der Grösse des vom *Vorsatze*[1]) des Subjekts umspannten, verbotenen Übels anpassen müssen.

Da endlich nicht nur das, was man als Folge seines Verhaltens erwartet, sondern auch dasjenige, was bei „Anspannung der Aufmerksamkeit“[2]) als Folge des Verhaltens normalerweise zu erwarten war (genauer: als wahrscheinlich hätte beurteilt werden können), die Tendenz hat, einzutreten, muss die Strafe auch ceteris paribus

[1]) Über den Begriff des Vorsatzes hat jüngst Carl Hauser (im Gerichtssaal, Bd. LIV, Heft 1—4) auf Grundlage der Brentanoschen Psychologie viel Beachtenswertes vorgebracht.

[2]) v. Liszt, Lehrbuch, 6. Auflage, S. 155.

entsprechend der Grösse der voraussehbaren (sc. erwartbaren) verpönten Schädlichkeit zunehmen.

5. Durch die Grösse des an sein Verhalten geknüpft erwarteten, *staatlich verpönten* Übels ist nicht notwendig die Grösse der von diesem Verhalten bedingt erwarteten *Schädigung des höchsten Gutes* bestimmt; es können vielmehr ausser dem staatlich verpönten *Übel* noch verschieden grosse *Güter*[1]) von dem Verhalten erwartet werden, so dass dem Schaden gewisse, ihn mindernde Vorteile gegenüberstehen.

Denn die Verwirklichung des strafrechtlich verpönten Übels erwartet das Individuum von seinem Verhalten nicht etwa immer als Zweck, sondern meist als das gewählte Mittel oder die zugelassene Folge, resp. conditio sine qua non der von diesem Verhalten bedingten Realisierung eines in sich zwar wertvollen Zieles, auf dessen Verwirklichung jedoch unter den obwaltenden Umständen wegen der überwiegenden Grösse des an sie geknüpft erwarteten Übels hätte verzichtet werden sollen.

Es hängt, mit andern Worten, die Gefahr für das höchste Gut vornehmlich von dem Umstande ab, ob man die Verwirklichung des strafrechtlich verpönten Übels wählt, sich für sie entscheidet, obzwar man von der Vorzüglichkeit seiner Nichtexistenz gegenüber dem an seine Existenz etwa geknüpft geglaubten Vorteil oder Gut überzeugt ist, und insbesondere (in Anbetracht des oben, S. 294, Gesagten) *von dem Missverhältnis zwischen der Grösse des vom Verhalten erwarteten Übels und der Geringfügigkeit des von diesem Verhalten erwarteten Gutes.*

Oder noch anders ausgedrückt: die Gefahr für das höchste Gut hängt von dem Grade der *Unrichtigkeit des Verhaltens* ab, und zwar darum, weil erfahrungsgemäss der Wille in dem Masse, als er unrichtig ist, auch objektiv schädlich zu sein pflegt.

6. Damit von einer unrichtigen Wahl überhaupt die Rede sein könne, muss das Individuum — soweit der Mensch überhaupt der sittlichen Erkenntnis fähig ist — was liebenswert, gut und recht, was hassenswert, schlecht und unrecht, sowie was das Bessere und Vorzüglichere ist, erkennen, d. h. in der innern Erfahrung jene

[1]) Auch dies ist denkbar, dass ausser dem staatlich verpönten Übel von dem Verhalten noch andere *Schädlichkeiten* erwartet werden, deren Herbeiführung *nicht* strafrechtlich verpönt ist; wir sehen, der Einfachheit wegen, hiervon ab.

ausgezeichneten Liebes- und Wahlakte erlobt haben, die von dem Kriterium ihrer Richtigkeit auf *analoge* Weise durchleuchtet sind, wie die richtigen Urteile von der Einsichtigkeit [1]).

Der Wert der geistigen Güter und die Wertsteigerung, die ihre Summierung in sich begreift, muss dem Menschen zum Bewusstsein gekommen sein; wer vollkommen unfähig ist, das Gute und das Übel als solches zu erkennen, dem kann weder das Gute noch das Übel, zu dem sein Verhalten führt, als von ihm gewählt zugerechnet werden [2]).

Ein solches Wesen wüsste weder vor der That, ob der Erfolg, für dessen Herbeiführung es sich entschieden hat, ein verwerflicher sei oder nicht, noch auch nachher könnte ihm sein Bewusstsein sagen, dass sein Wille ein schlechter gewesen sei; der Begriff des Schlechten und Guten bliebe ihm unzugänglich. Wem diese Erkenntnis von gut und böse mangelt, der entbehrt in Wahrheit des moralischen Sinnes, bei dem ist das gegeben, was man am besten als „moral insanity“ bezeichnen könnte.

Darin, dass der Mensch von dem Guten als gut und dem Bessern als besser angemutot wird, und dass dieso eigentümliche Wirkung, die diese Gegenstände auf das Gemüt üben, erfahren wird, eben darin besteht die sittliche Erkenntnis.

7. Und eben darum, weil die Erfahrung lehrt, dass die praktische Bevorzugung des Schlechtern häufig zum grossen Nachteil des

---

[1]) Das Nähere findet sich bei Brentano, „Ursprung“, und in meinem „Motiv“.

[2]) Wenn man mit *Bentham* die ethische Wahl als eine „moralische Rechnung“ auffasst, bei der die Güter als *positive,* die Übel als *negative* Einheiten in Anschlag kommen, so kann man unter Anwendung des Brentanoschen Summierungsprinzips (siehe S. 292) die richtige und unrichtige Wahl an ziffermässigen Beispielen veranschaulichen; zu diesem Zwecke diene $>$ als Zeichen der thatsächlichen Bevorzugung, und die Buchstaben *z,* bezw. *c,* als Indices bei jenen Grössen, die als Zweck begehrt, beziehungsweise als Mittel, Folge oder überhaupt als conditio sine qua non gewollt oder zugelassen werden. Dann wäre z. B. durch

$$1 \times (+10)_z + 1 \times (-1000)_c > 0 \times (+10) + 0 \times (-1000)$$

eine unrichtige, durch

$$0 \times (+10)_c + 0 \times (-1000)_z > 1 \times (+10) + 1 \times (-1000)$$

eine richtige Wahl bezüglich derselben Materie dargestellt; ich betone, dass diese Beispiele (die sich nach den verschiedenen Typen möglicher Wahlentscheidungen verändern liessen) nur der Veranschaulichung dienen.

höchsten Gutes statt hat [1]), soll für solche Fälle die Furcht vor der Strafe als verstärkende, motivierende Kraft [2]) zu gunsten des Bessern hinzutreten; es ist selbstverständlich, dass nur vom Standpunkte des Determinismus das Vertrauen auf die bestimmende Wirksamkeit der Furcht vor Strafe begreiflich und gerechtfertigt ist.

Diese nämlich, als die Furcht vor etwas das *eigene* Selbst Betreffendem [3]), wird von jedermann, dessen Verstandeskräfte zu einer

---

[1]) Die wahre sittliche Freiheit besteht nicht in der Freiheit von Ursachlichkeit, sondern in der Freiheit von *gewissen* determinierenden Ursachen, nämlich von zum Schlechten bestimmenden Motiven. Denjenigen, der nicht die Fähigkeit besitzt, von dem, was ihn als besser anmutet, zum Entschlusse determiniert zu werden, nennt man mit Recht einen Unfreien, einen Sklaven seiner Leidenschaft; und desto freier ist einer, je mehr das als gut Erkannte für seinen Willen bestimmend wird. (Brentano.)

Ein verdienstlicher Verfechter des Determinismus, *Finger*, glaubt, eine absolute Ethik, wie sie im Texte vertreten wird, bekämpfen zu müssen. Die Widerlegung des ethischen Relativismus enthält Brentanos oft citiertes Buch, und ausser der vorliegenden Arbeit mein „Motiv"; an dieser Stelle sei nur bemerkt, dass nach Fingers eigener Anschauung es doch mindestens *einen* absoluten Wert geben muss, nämlich die *Lust*. S. 124 seines Lehrbuches heisst es: „Das, was der Mensch eigentlich und immer will, ist das Lustmoment, das sich an gewisse Zustände oder Geschehnisse knüpft"; hier wie anderwärts lehrt er einen utilitarischen Hedonismus, wie Bentham oder Mill; konsequentermassen müsste Finger daher die grösstmögliche Lust als unwandelbares ethisches Ideal hinstellen, wie moderne Ethiker es vielfach thun. Ob aber dies, oder ob, wie wir es thun, die grösstmögliche Realisierung auch anderer geistiger Zustände neben der Lust als absolutes Ideal anerkannt wird, ist kein so prinzipieller Unterschied mehr. — Finger scheint sich mir daher selbst zu widerlegen, wenn er andererseits S. 127 behauptet, eine absolute Ethik hätte den Indeterminismus zur Voraussetzung. Absolutes Ideal und Determinismus ist ebenso verträglich, wie absolute Wahrheit und Kausalität des Urteils.

[2]) Bezeichnen wir mit E die Grössen der eigenen, mit F die der fremden Güter und Übel, so stellt sich der Kalkul des Kriminalpolitikers also: ein Individuum, dessen praktische Wahl ohne zu befürchtende Strafe

$$1 \times (+10\,\mathrm{E})_z + 1 \times (-1000\,\mathrm{F})_c > 0 \times (+10\,\mathrm{E}) + 0 \times (-1000\,\mathrm{F}),$$

demnach unrichtig und dem höchsten Gute schädlich wäre, wird im Durchschnitt der Fälle, wenn es z. B. — 100 E als Strafe zu gewärtigen hat, sich anders entscheiden, nämlich für

$$0 \times (-100\,\mathrm{E})_z + 0 \times (+10\,\mathrm{E})_c + 0 \times (-1000\,\mathrm{F})_c > 1 \times (-100\,\mathrm{E}) + 1 \times (10\,\mathrm{E}) + 1 \times (-1000\,\mathrm{F}),$$

was eine richtige und objektiv nützliche Wahl wäre.

[3]) Die Strafe muss mit *grosser Wahrscheinlichkeit* erwartet werden, um Furcht zu erregen (v. „Motiv", S. 480); eine hohe Ausbildung in der Kunst, den Übelthäter zu ergreifen, ist darum Bedingung einer entwickelten Strafrechtspflege.

so weitreichenden Voraussicht zulangen, geteilt; auch der moralisch Sinnlose (v. S. 297) hasst und flieht wenigstens *instinktiv* eigene Unlust und Pein; die Strafdrohung würde darum auf ihn — sofern er sonst geistig intakt wäre — nicht einflusslos bleiben; wie sein Gebrechen dennoch eine ganz besondere Behandlung erfordert, davon wird später die Rede sein.

8. Wir sagten, dass nicht nur, was man als Folge seines Verhaltens erwartet, sondern auch, was man bei Anspannung der Aufmerksamkeit normalerweise hätte erwarten können, in einem hohen Durchschnitt der Fälle auch thatsächlich eintrete. — An ein Verhalten nun, von dem in einer Richtung Gutes erwartet wird, kann in anderer Richtung unerwartetes Übel geknüpft sein; ist dieses grösser als jenes, so resultiert eine Beeinträchtigung des höchsten Gutes. Um nun solch unerwarteter, aber bei Anspannung der Aufmerksamkeit erwartbarer und vermeidlicher — also von menschlicher Willensmacht abhängiger — Schädigung des höchsten Gutes vorzubeugen, ist der Mensch verpflichtet, bei seinem Verhalten — und zwar auch bei jenem, von dem er Gutes erwartet — seine Aufmerksamkeit auf die etwa zugleich schädlichen Folgen desselben zu richten und, falls diese voraussichtlich überwiegen sollten, von dem Verhalten abzustehen; es ist klar, dass dort, wo ein ausserordentlicher Nutzen von einer Einrichtung oder Unternehmung [1]) zu erwarten ist, auch ein verhältnismässig grosser, voraussehbarer Schaden mit in Kauf genommen werden darf; der massgebende Gesichtspunkt bei praktischem Verhalten ist eben ausnahmslos — was von juristischer Seite nur allzuoft vernachlässigt wird — der Vorteil für das höchste Gut.

Der Mensch ist somit bei seinem Thun und Lassen zu einer Anspannung der Aufmerksamkeit, zu einer beständigen Rücksichtnahme auf das höchste Gut [2]) verpflichtet. Da jedoch eine aktuelle

[1]) Hierher gehören alle Betriebe, die trotz der gebotenen Vorkehrungen erfahrungsgemäss alljährlich Opfer fordern, also mit Lebensgefahr unausweichlich verbunden sind; der Verkehr zur See z. B. oder die Erzeugung und Verwendung von Giften und Sprengstoffen u. v. a.

[2]) Die Zuversicht, durch unser Verhalten zu der grösstmöglichen Verwirklichung der geistigen Güter beizutragen, könnte, wie Brentano (a. a. O. S. 99 in der 43. Anmerkung) hervorhebt, dadurch erschüttert werden, „dass wir die entferntern Folgen unserer Handlungen oft nicht zu ermessen im stande sind". „Allein", meint Brentano, „dieser Gedanke wird, wenn wir das allgemeine Beste

Rücksicht auf die letzten Zwecke, bei jeder der täglichen Verrichtungen des Lebens und Berufes geübt, eine hinderliche Verzögerung zur Folge hätte, so ersetzt sie ein vernünftiger Lebensplan, in dessen Befolgung eine virtuelle Rücksicht auf das höchste Gut liegt; bei wichtigern und ungewohntern Schritten dagegen ist um so mehr vorsichtige Achtsamkeit — die freilich wiederum nicht in übertriebenes ängstliches Zaudern und Zagen ausarten darf — geboten.

9. Durch die Grösse des von dem Verhalten bei Anspannung der Aufmerksamkeit erwartbaren, aber nicht erwarteten, strafrechtlich verpönten Übels ist noch nicht die Grösse der erwartbaren Schädigung des höchsten Gutes bestimmt; vielmehr ist die erwartbare Schädigung des höchsten Gutes um die Summe der erwarteten Güter geringer, als das erwartbare, staatlich verpönte Übel. Die Unrichtigkeit des Verhaltens ist demgemäss um so geringer, je grösser das von dem Verhalten erwartete Gute, das die Aufmerksamkeit abgelenkt hat; dagegen um so grösser, je grösser die von dem unachtsamen Verhalten erwartbare Schädigung ist, und mit je geringerer Anstrengung (die als Übel in Rechnung zu ziehen ist) die Beeinträchtigung des allgemeinen Besten hätte vorhergesehen und vermieden werden können.

Da jede die eigene Person betreffende Unlust und Unannehmlichkeit allgemein — sei es oft auch nur instinktiv — gefürchtet wird, und dasjenige, *was unser positives oder negatives Interesse erregt, eo ipso auch die Aufmerksamkeit erregt,* so wird eine der Unrichtigkeit des Verhaltens, resp. der Schädigung angepasste Strafdrohung dem Strafzweck offenkundig am dienlichsten sein.

10. Die Grösse der singulären verpönten Schädlichkeit ist — wie gesagt — nicht der einzige das Mass des Strafübels regelnde Umstand; auch auf die *Wahrscheinlichkeit des Eintritts und Wiedereintritts muss Rücksicht genommen werden,* und diese Rücksicht ist nicht die minder wichtige.

Wonach kann man die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes von Schädigungen beurteilen, die von menschlichem Verhalten abhängen?

---

lieben, unsern Mut nicht lähmen. Von allen Folgen, die schlechterdings gleichmässig unerkennbar sind, kann man sagen, dass die eine so viel Chancen für sich habe als die andere. Nach dem Gesetze der grossen Zahlen wird also im ganzen ein Ausgleich stattfinden, wobei dann, was wir *berechenbar* Gutes schaffen, als Plus auf der einen Seite bleibt und so, als wäre es allein, unsere Wahl rechtfertigt."

Offenbar nach der Wahrscheinlichkeit, mit der man auf das bedingende menschliche Verhalten schliessen kann.

Einen Schluss auf dieses aber gestattet die Erfahrung, dass nicht nur jeder psychische Akt auf eine bereits vorhandene, mehr oder minder starke Disposition hinweist, sondern auch eine gesteigerte Disposition und damit eine gesteigerte Wahrscheinlichkeit für diese oder ähnliche Akte hinterlässt.

Es ist ein altbekanntes psychisches Gesetz, dass durch Übung (nicht notwendig wiederholte Übung) gleiche oder ähnliche Akte, wie die, welche man bereits geübt hat, erleichtert werden, dass sich die Fähigkeit für die Wiederholung steigert, und dass durch mangelhafte Übung die Fähigkeit abnimmt.

Auf das sittlich unrichtige Verhalten des Menschen angewandt, ergiebt sich hieraus, dass jede unrichtige Seelenthätigkeit ausser dem etwa von ihr bedingten Übel regelmässig noch eine weitere Gefahr mit sich bringt, nämlich die in der erhöhten Disposition zum Rückfall involvierte höhere Wahrscheinlichkeit zu solchen Übeln.

Andererseits beeinträchtigt jede Unterlassung richtiger Seelenthätigkeit die künftige Tauglichkeit.

Jedes schädliche Verhalten ist daher innerhalb gewisser Grenzen um so schädlicher für das höchste Gut, eine je grössere Zahl Vorgänger es aufzuweisen hat. Die Grenze ist durch die Zunahms- resp. Abnahmsfähigkeit der Disposition oder Fertigkeit bestimmt; ist das eine bezw. andere nicht mehr zu erwarten, weil weitere Übung bezw. Unterlassung einflusslos bleibt, so kann das abermalige unrichtige Verhalten in dieser Richtung nicht mehr schädlicher werden.

11. Sofern nun aus der Zahl der Rückfälle die grössere Wahrscheinlichkeit des Rückfalls zu erschliessen ist, muss auch das Strafübel wachsen, und zwar nicht nur weil die, trotz der etwa früher ausgestandenen Strafe, noch zu geringe Furcht vor Strafe wachsen muss, um der Determination zum schädlichen Verhalten vorzubeugen, sondern insbesondere darum, weil die *Dispositionsbeeinflussung* [1])

---

[1]) *Schopenhauer* wird durch seine irrige Meinung über die Konstanz des Charakters zu einer schiefen Auffassung des Strafzweckes verleitet; weil er die Unveränderlichkeit des Charakters lehrt, sieht er, ähnlich wie von Deutschen vor ihm schon *Feuerbach*, in dem „Kriminalcodex *nichts anderes*, als ein Verzeichnis von Gegenmotiven zu verbrecherischen Handlungen". Die kriminalistische Disciplin hat die *Veränderlichkeit* des Charakters längst erkannt und auf ihr als

mit stärkeren Mitteln betrieben werden muss; da aber Gewöhnung nur durch Entwöhnung, und Entwöhnung wiederum nur durch Gewöhnung bekämpft werden kann, dies aber einen um so längern Zeitraum erfordert, je älter und mächtiger die zu behebende Fertigkeit oder Unfähigkeit ist, so ergiebt sich, dass die *Steigerung des Strafübels* vornehmlich in einer *Steigerung der Strafdauer* zu bestehen hat und dass die vom Abschreckungszweck geforderte Verschärfung des *peinlichen* Momentes in der Forderung der Dispositionsbeeinflussung zugleich ihre Präcisierung und Beschränkung findet; denn gerade dort, wo es sich um Zerstörung schädlicher Dispositionen und um Erwerbung sittlicher Tauglichkeit, also um *Erziehung* handelt, würde schwere Peinigung oder Verstümmelung — von allen andern übeln Folgen abgesehen — hindernd und hemmend wirken und ausserdem ein späteres, freies, sittliches Wirken lähmen oder unmöglich machen; wo, wie im Falle der moral insanity, nicht Erziehung, sondern höchstens Entwöhnung von Fertigkeiten zu schädlicher, aber nicht vom Übelthäter als unrichtig erkennbarer, Wahl und Gewöhnung an unschädliches Verhalten — also Dressur — in Frage stehen kann, gilt Ähnliches, jedoch mit dem Unterschiede, dass eine Rückkehr zur Gesellschaft nur im Falle ethisch-geistiger Gesundung gestattet werden darf; die Möglichkeit der letztern zu beurteilen, beziehungsweise die mögliche herbeizuführen, ist Sache des Psychiaters.

Einen Schluss auf die Ausbildung der Fertigkeit gestattet nicht nur die Häufigkeit der Rückfälle, sondern auch die Grösse des Missverhältnisses zwischen dem erwarteten Übel und dem erwarteten Gute und die Raschheit, Leichtigkeit, mit der die Wahl zu gunsten des Schlechtern erfolgt. — Die Hexis wird ceteris paribus um so grösser sein, je unrichtiger die Bevorzugung erscheint und je geläufiger der unrichtige Wahlakt vor sich geht.

12. Nicht immer jedoch sind diese beiden Momente sichere Kriterien.

---

einer der wichtigsten Voraussetzungen der Kriminalpolitik weitergebaut. Hier ist *Wahlberg* in erster Linie zu nennen.

Wenn heute noch hochgeachtete Forscher den Abschreckungszweck gegenüber der Dispositionsbeeinflussung in den Vordergrund stellen, so findet dies seine Erklärung in der Geschichte; bis heute hat die Kriminalpolitik der Staaten diesen wichtigen Strafzweck so sehr vernachlässigt, dass seine Erreichbarkeit nur die *Psychologie* in sichere Aussicht stellen kann, während die *kriminalistische Erfahrung* uns keine zuverlässigen Daten zu liefern im stande ist.

Es muss nämlich ausser der Grösse des Missverhältnisses in gewissen Fällen auch die absolute Grösse des erwarteten Gutes [1]) in Betracht gezogen werden.

Bezüglich gewisser Arten von Übeln und Gütern besteht für den Fall der Annäherung an ein *sehr hohes Mass* bei den meisten Menschen die Disposition, zu gunsten der Nichtexistenz beziehungsweise Existenz derselben sich zu entscheiden, selbst wenn eine noch so grosse Schädigung des höchsten Gutes durch diese Wahl zu gewärtigen ist; dennoch darf man deswegen noch nicht auf eine ausgebildete Fertigkeit zu unrichtigen Wahlakten schliessen, und zwar darum nicht, weil bei weniger starker Versuchung das Individuum nicht zu einer so ausserordentlichen Schädigung des allgemeinen Besten zu bewegen gewesen wäre; die Güter und Übel, um welche es sich hier handelt, sind meist solche, welche die *eigene* Person betreffen, und betreffs welcher allerdings auch unter normalen Verhältnissen eine Disposition zur Überschätzung bei den meisten Menschen besteht.

Man nennt diese Vorliebe für die geistigen Güter der eigenen Person, insbesondere für *eigene* Lust, *eigene* Erkenntnis u. s. w., sofern sie ungerechtfertigt [2]) ist, Egoismus, während man von Altruismus spricht, wenn man an die richtige Wertung der eigenen Güter im Verhältnis zu fremden denkt.

Bis zu einem gewissen Grade nun glückt es auch dem Durchschnittsmenschen, seine egoistischen Instinkte zu bezähmen; — bei einer ausserordentlichen Steigerung der die eigene Person betreffenden Werte und Unwerte gelingt aber die Selbstbeherrschung und Selbstaufopferung kaum einem — namentlich nicht, wo sinnliche Reize in höchster Steigerung auf ihn einwirken, wie Schmerz oder Lust intensivster Art [3]).

---

[1]) Ich verstehe der Kürze wegen hier und anderwärts häufig unter Gut auch Abwesenheit von Übel.

[2]) Über das Verhältnis der Pflicht der Nächstenliebe zum Gebote der Selbsterhaltung — worauf hier einzugehen zu weit führen würde — vgl. *Brentano*, a. a. O., S. 98, Anm. 42.

[3]) Unter Verwendung der oben eingeführten Zeichen kann man dies veranschaulichen, indem man die unrichtige Wahl etwa mit

$$0 \times (-100{,}000\ \mathrm{E})_z + 1 \times (-1{,}000{,}000\ \mathrm{F})_c > 1 \times (-100{,}000\ \mathrm{E}) + 0 \times (-1{,}000{,}000),$$

die im Interesse des höchsten Gutes geforderte mit

Neben den egoistischen Instinkten im engern Sinne können unter besonders ungünstigen äussern Bedingungen auch die Instinkte der Parteilichkeit (mütterliche und Familieninstinkte, Ipsissimismus, Nepotismus) auf ähnliche Weise zu unrichtiger Wahl fortreissen.

Freilich wären wir, wie *Brentano* hervorhebt, selbst wenn für eine bestimmte Klasse von Fällen nachgewiesen werden könnte, dass in ihnen alle Menschen ausnahmslos es nicht über sich gewännen, dem höchsten praktischen Gute treu zu bleiben, nicht im mindesten berechtigt, an der ethischen Grundforderung zu zweifeln: „es bliebe auch dann noch evident und unabänderlich wahr und die einzig und allein richtige Regel, hier wie überall dem Bessern gegenüber dem minder Guten den Vorzug zu geben".

Dass die Mehrzahl der Menschen bei einer gewissen ausserordentlichen Grösse der Versuchung unterliegt, besagt nichts anderes, als dass die meisten Menschen bestimmt sind, unter gewissen auf sie einwirkenden Bedingungen *unrichtig* zu wählen.

Die Merkmale ausserordentlicher Versuchung sind besondere Grösse des persönlichen oder parteilichen Vorteils bei Geringfügigkeit der in der Herbeiführung jenes Vorteils selbst gelegenen Nachteile oder Unannehmlichkeiten; jede Zweckrealisierung ist mehr oder minder mit Opfern an Mühe, Anstrengung, Unlust etc. verbunden; je geringer diese, um so günstiger, sagt man, ist die Gelegenheit; zum Begriffe der überstarken Versuchung gehört neben der Mächtigkeit des Reizes die günstige Gelegenheit.

Übermächtige Versuchung *bei sonst geringer Disposition* fordert mildere Strafe; denn nicht nur verbürgt die Seltenheit der Ver-

---

$$0 \times (-1{,}000{,}000\,F)_z + 1 \times (-100{,}000\,E)_c > 0 \times (-100{,}000\ E) + 1 \times (-1{,}000{,}000F)$$

darstellt. Diese zweite Formel versinnbildlicht die aufopfernde Nächstenliebe. Die Aufopferung ist um so grösser, zu gunsten eines je kleinern Überschusses fremden Vorteils sie erfolgt; das Gebot der Aufopferung findet aber seine Grenzen in dem Gebote der Selbsterhaltung und Selbstsorge. — Die hohe Wertschätzung, die allgemein der Selbstlosigkeit entgegengebracht wird, hat ihren berechtigten Grund in der Trefflichkeit der sittlichen Anlagen, auf die sie schliessen lässt; man schätzt in dem Aufopfernden den Menschen von hervorragend nützlichen Dispositionen; *ceteris paribus* ist ein solcher Charakter der Verwirklichung des ethischen Ideals förderlicher, als ein minder Aufopferungsfähiger, weil er der Versuchung, unrichtig zu wählen, weniger unterliegt; nicht aber hat, wie v. Ehrenfels glaubt, die Seltenheit auf die ethische Wertschätzung Einfluss.

suchung die Seltenheit der Gefährdung, es würde auch die Anlage, einer ausserordentlichen Versuchung zu erliegen, selbst bei härtester Strafe kaum eine Beeinflussung erleiden. Straflosigkeit andererseits empfiehlt sich nicht schlechtweg, denn es ist immerhin wahrscheinlich, dass die einmal stattgehabte unrichtige Wahl die geringe Disposition einigermassen steigern würde, wenn die Strafe nicht sogleich das Ihre thäte, um einer Niederlage unter minder ungünstigen Umständen entgegenzuarbeiten; ausserdem fordert der Abschreckuugszweck, anders Veranlagte durch von ihnen missverstandene Milde nicht zu ermuntern.

Erst mit der praktischen Unzerstörbarkeit der Fertigkeit hört Strafe und Strafsteigerung auf; an ihre Stelle tritt Unschädlichmachung.

13. Nicht nur die Zunahme der Fertigkeit zu *unrichtigem* Verhalten, auch die Abnahme der Disposition zu *richtigem* Verhalten muss bei der Strafverhängung berücksichtigt werden. Man wird sagen dürfen, dass die Fähigkeit zu richtiger Willensanspannung um so geringer ist, je grösser das Missverhältnis zwischen dem erwartbaren Übel und dem erwarteten Gute und je grösser die Schnelligkeit, mit der das geringere Gut die Aufmerksamkeit ablenkt; *mit der Ausbildung von Dispositionen zu Begierden gewisser Art kann die Verkümmerung der Fertigkeit zu richtiger Achtsamkeit auf die an ihre Befriedigung geknüpften Übel parallel gehen*[1]).

Im übrigen gilt *Analoges,* wie bezüglich der kriminalpolitischen Bedeutung der Fertigkeiten und ihrer Grade.

14. Für die Lehre von den Dispositionen wird es nicht ohne Interesse sein, wenn auf die kriminalistisch wichtigern Stadien übersichtlich hingewiesen wird.

Die Fertigkeit zu uurichtiger Wahl kann sein:

vollkommen ausgebildet, wenn sie ihren Gipfelpunkt erreicht hat und eine Zunahme durch fernere Wiederholung des Aktes nicht mehr zu erwarten ist;

subjektiv unüberwindlich, übermächtig, wenn dem Individuum im Zustande der Freiheit keine äussern Umstände erreichbar sind, unter deren Einwirkung er nicht zur unrichtigen Wahl determiniert würde;

objektiv-praktisch unzerstörbar, wenn auch die Zwangsmittel der Strafe eine Rückbildung der Fertigkeit nicht herbeizuführen vermögen.

---

[1]) Vgl. Art. 69 des schweizerischen Entwurfes.

Andererseits kann die Fertigkeit zu richtigem Verhalten sein:
vollkommen unentwickelt, wenn die Ausbildung noch gar nicht begonnen oder aber die fortgeschrittenere wiederum eine Rückbildung erlitt;
noch entwicklungsfähig, aber nicht im Zustande der Freiheit;
entwicklungsunfähig, selbst bei Anwendung von Zwangsmitteln.

15. Es ist klar, dass auch der bestgewählte Zweck unerreichbar ist, wenn die Mittel unbekannt sind oder fehlerhaft beurteilt werden; wer die Nützlichkeiten und Schädlichkeiten nicht als solche zu erkennen vermag, ist nicht im stande, dem höchsten Gute planmässig zu dienen; „Wissen ist Macht". Die Fertigkeit der Seele zu unrichtigem Urteil, wie die Unfähigkeit zu richtigem, kann in hohem Grade gefährlich werden, wenn sie auf Schädlichkeiten wichtigerer Art sich bezieht. Inwiefern ihre Bekämpfung durch Strafe statthaft ist, wollen wir an späterer Stelle besprechen.

II. Die Schuld.

1. Ein von dem unrichtigen Verhalten des Individuums bedingtes Übel kann diesem Individuum dann zur *Schuld* zugerechnet werden, wenn zur Zeit dieses Verhaltens alle im folgenden angeführten Voraussetzungen realisiert waren, oder wenn, falls eine von ihnen gefehlt haben sollte, dieser Mangel Folge war eines Verhaltens, zu dessen Zeit diese sämtlichen Voraussetzungen gegeben waren. — Voraussetzung der Schuldfähigkeit ist:

1. Dass es Übel, d. h. in sich Hassenswertes giebt.

2. Dass das Individuum die Fähigkeit *zu sittlicher Erkenntnis besitzt,* also das Übel und seine Steigerung zu erkennen vermag. Wie wir das *Gute* an einem ausgezeichneten — der Evidenz *analogen* — Charakter der Liebe erkennen, so das Schlechte an einem als *richtig charakterisierten* Hasse und das *Bessere* an einer als recht gekennzeichneten Wahl oder Bevorzugung. [1])

3. Dass es Reales giebt, das die Fähigkeit besitzt, das *Übel* unter gewissen Bedingungen *zu verwirklichen.* Diese Realitäten sind die physischen und psychischen Substanzen, bezw. ihre Veränderungen. Hierher gehören also die körperlichen Dinge und ihre Veränderungen und die menschliche Seele und ihre Zustände; so

[1]) Vgl. Brentano a. a. O.

die äussern Umstände, welche Versuchung und Gelegenheit mit sich bringen, und die auf diese Weise erregten Begierden und Erwartungen, dann die Dispositionen und Fertigkeiten zu unrechter Wahl und das Unvermögen zu rechter Achtsamkeit, die Unkenntnis der Schädlichkeiten, Machtlosigkeit oder Unkenntnis der Macht, Bewusstlosigkeit u. a.

4. Dass das Individuum die intellektuelle Fähigkeit besitzt, falls es nur in genügender Weise achtsam ist, diese Dinge, ihre Eigenschaft und die Bedingungen, unter denen sie Übel realisieren, als solche zu erkennen.

Kindern, geistig Zurückgebliebenen und gewissen geistig Kranken geht diese Fähigkeit ab.

5. Dass das Individuum die Fähigkeit besitzt, falls es nur will, die Bedingungen, unter denen das Übel verwirklicht wird, zu meiden, d. h. die Macht über die Ursachen des Übels besitzt.

Eine Machtlosigkeit kann in physischen oder physiologisch-seelischen Umständen ihren Grund haben.

6. Dass das Individuum die intellektuelle Fähigkeit besitzt, falls es in rechter Weise die Aufmerksamkeit anspannt, zu erkennen, dass es die Macht besitzt, das Übel zu meiden.

7. Dass das Individuum die Fähigkeit besitzt, falls es nur will, in genügender Weise achtsam zu sein.

Der Mangel dieser Fähigkeit kann auf vorübergehende Affekte und heftige Begierden zurückzuführen sein, er kann in krankhaften Zuständen, wie Delirien, hypnotischen Zuständen u. a. wurzeln, er kann auch angeboren sein.

8. Dass das Individuum die Fähigkeit hat, zu wollen. — Diese Fähigkeit kann bei manchen Störungen des geistigen Lebens abhanden kommen.

Insofern jemand zu einer Zeit, wo diese Voraussetzungen sämtlich gegeben sind, auch nur *einen* der ein Übel oder eine Schädlichkeit unter gewissen Bedingungen realisierenden Umstände nicht meidet, sei es, dass er ihre Existenz *will,* d. h. begehrt, in Erwartung, dass durch sein Begehren ihre Existenz werde bedingt werden, sei es, dass er zwar nicht ihre Existenz *will,* aber, indem er sein Interesse anderem zuwendet, nicht bestrebt ist, in rechter Weise achtsam zu sein, verschuldet er das betreffende Übel oder die Schädlichkeit, falls sie eintritt, in ersterem Falle *vorsätzlich,* in letzterem *fahrlässig.*

Die Schwere der vorsätzlichen oder fahrlässigen Schuld hängt hierbei ab von der Grösse des von dem Verhalten *erwarteten* oder bei genügender Achtsamkeit *erwartbaren,* erwachsenen [1]) Übels oder Schadens.

2. Fragen wir nun: welchen Einfluss soll die Schuld, ihre Art und Schwere auf die Strafe ausüben, so lautet die Antwort: unmittelbar *keinen; Schuld und Strafe hängt nur indirekt zusammen.* Was die *Art der Schuld* anbelangt, so fordert vorsätzliche und fahrlässige Schuld darum eine andere strafrechtliche Behandlung, weil ceteris paribus der nur Fahrlässige der minder Gefährliche ist. Was Jeremias Bentham [2]) in seinen Grundsätzen der Civil- und Kriminal-Gesetzgebung über diesen Gegenstand geschrieben hat, scheint mir heute noch zu dem Besten zu gehören; es möge an dieser Stelle genügen, darauf zu verweisen.

Die Konstatierung irgend einer Verschuldung hat ferner die Bedeutung, dass sie mit Sicherheit entweder auf eine Fertigkeit zu unrechtem Wollen oder auf eine mangelhafte Fertigkeit zu richtigem Wollen hinweist; und was die *Schwere der Schuld* anlangt, so ist sie für die Strafe insofern von Belang, als schwerere Schuld auf *stärkere* Dispositionen zu unrichtigem, bezw. *schwächere* Anlage zu richtigem Verhalten schliessen lässt; so lässt eine verschuldete Versuchung auf eine stärkere Fertigkeit zur Wahl der versuchenden Annehmlichkeit oder Gelegenheit oder auf eine geringere Disposition zu der die Vermeidung der Versuchung ermöglichenden Anspannung des Willens schliessen. Ähnliches gilt von der verschuldeten Machtlosigkeit über die Schädlichkeiten und der verschuldeten Unkenntnis oder irrtümlichen Auffassung ihrer Existenz und Wirkungsweise, der verschuldeten Unfähigkeit, aufzumerken, und dem verschuldeten Unvermögen, zu wollen; bei allen, einem oder mehreren dieser verschuldeten Umstände entspringenden

---

[1]) Vom Versuche handeln wir an dieser Stelle nicht.

[2]) Auf das Studium *Benthams* mit Nachdruck hinzuweisen, scheint mir geboten; es scheint lange Zeit gegenüber dem ungleich unbedeutenderer Schriftsteller vernachlässigt worden zu sein. Und doch gehören seine Werke zu dem Gründlichsten, was über Kriminalpolitik geschrieben wurde. Die deutsche Wissenschaft hat sich in prinzipiellen Fragen erst mühsam zu den Resultaten emporarbeiten müssen, die bei Bentham längst ausgesprochen und begründet waren.

Verhaltungsweisen („actiones liberæ in causa“ [1]) wirkt die Schuld je nach ihrer Schwere straferhöhend und modifizierend [2]).

Aber nirgends ist es die Thatsache der Verschuldung selbst, sondern überall nur die aus ihr zu erschliessende Unvollkommenheit der psychischen Beschaffenheit und die in ihr inbegriffene Gefährlichkeit des Übelthäters, die Art und Mass der Strafe beeinflusst. Infolge dieses Verhältnisses wird innerhalb gewisser Grenzen Schuld und Strafe Hand in Hand gehen; aber es kann zweifellos Verschuldung vorhanden sein, ohne dass doch die Geringfügigkeit des zu erschliessenden Defektes [3]) oder andere Umstände [4]) Strafe empfehlen würden. Es kann ferner eine **ganz unverschuldete** Fertigkeit oder Fehlerhaftigkeit straffähig erscheinen, sei es, dass die Strafe die praktische Möglichkeit bietet, sie zu beheben und das Individuum zu einem sittlichen, freien Wirken tauglich zu machen, sei es, dass bloss der Schutz der Gesellschaft Unschädlichmachung und Abschreckung Dritter erheischt.

3. An der Pflicht, den Übelthäter zu strafen, ändert nichts die Thatsache, dass häufig in Wirklichkeit jene Schuld tragen, die pflichtwidrig die Steigerung der Fertigkeit oder des Fehlers

[1]) Wahlbergs Frage: „Lässt sich in gewisser Beziehung bei Gewohnheitsverbrechen eines bereits entarteten Übelthäters einige Ähnlichkeit mit der actio libera in causa erkennen?“ ist entschieden zu bejahen, wenn die Gewohnheit *verschuldet* ist. Nur irrt Wahlberg, wenn er meint, dass die erhöhte Strafwürdigkeit des Gewohnheitsverbrechers auf dem grösseren Schuldzuwachs gegründet sei; worauf es ankommt, zeige ich im Texte.

[2]) *Verschuldet* ist das Verhalten also auch, wenn es einer nunmehr unüberwindlichen, *verschuldeten* Fertigkeit, also einer übermächtig gewordenen Lasterhaftigkeit oder sonstigen unüberwindlichen, verschuldeten Fehlerhaftigkeit entspringt; die gegenwärtige Machtlosigkeit des Übelthäters hindert jedoch das Entstehen *neuer* Schuld (in der betreffenden Richtung) und das Verhalten ist auch relativ, d. i. mit Rücksicht auf den gegenwärtigen Zustand, schuldlos; *absolut*, d. i. mit Rücksicht auf die Genesis, und *virtuell* ist es schuldhaft, d. h. *die Schuldunfähigkeit ist verschuldet* und daher indirekt auch das zu ihrer Zeit entspringende Übel.

[3]) z. B. bei Geringfügigkeit des Unrechts oder thätiger Reue.

[4]) z. B. bei Verjährung (vgl. „Motiv“ a. a. O.), Prozess und Strafunfähigkeit wegen physischer oder psychischer Krankheit.

oder die Entstehung der Versuchung nicht hintertrieben haben: die Erzieher, der Staat, die Gesellschaft. Jeder Fall einer Fertigkeit oder einer Fehlerhaftigkeit, an deren Ausbildung die Gesellschaft Schuld trägt, stellt an den Politiker die Anforderung, nach jenen Faktoren zu forschen, denen die Genesis dieser Schädlichkeiten zuzuschreiben ist; die kriminalistische und sociologische Erfahrung wird hier die statistischen Daten liefern, auf Grund deren die Existenz solcher konstant oder regelmässig wirkender Momente erschlossen werden kann; durch ihre Bekämpfung wird die Socialpolitik als sociale Hygieine die Kriminalpolitik als die sociale Therapie zu entlasten haben; ein wesentlicher Teil der Prophylaxe wird darin bestehen, dass die Öffentlichkeit Sorge trägt, den Übelthäter, nachdem die Rückbildung der Fertigkeit oder die Behebung des Defektes gelungen ist, in eine Umgebung zu versetzen, die, soviel an ihr liegt, Neubildung und Rückfall nicht begünstigt.

4. Wie die Frage der Straffähigkeit und Strafpflicht von der Frage nach der Schuldhaftigkeit [1]) loszulösen ist, zeigt endlich in auffallendster Weise der bekannte Fall des unverschuldeten Irrtums und Unwissens betreffend die Mittel zu richtig gewählten Zwecken. — Ist z. B. einer in dem unverschuldeten Irrtum befangen, dass von dem Leben eines Menschen unermessliches Unheil dem allgemeinen Wohle drohe, und entschliesst er sich, der Stimme seines fest überzeugten Gewissens folgend, jenen zu töten, so ist einer jener zum

[1]) Ich hoffe nicht, der Neuerungssucht geziehen zu werden, wenn ich eine Überzeugung, die bei genauerem Zusehen manchen Arbeiten moderner Kriminalisten — wenn auch nicht mit voller Klarheit ausgesprochen oder nicht konsequent festgehalten — zu Grunde liegt, mit Entschiedenheit vertrete; man lese z. B., wie v. Liszt lehrt: „Schuld ist die Verantwortlichkeit für den eingetretenen Erfolg. Und zwar handelt es sich für das Strafrecht lediglich um *die Thatsache*, dass der Thäter zur Verantwortung *gezogen wird;* die damit zugleich ausgesprochene Missbilligung, das rechtliche oder ethische Unwerturteil über die Handlung (betont von Merkel) ist jener Thatsache und damit dem Schuldbegriff selbst gegenüber durchaus nebensächlich.“ Sonach handelte es sich bei der Frage nach Schuld um die Frage, ob der Thäter zur strafrechtlichen Verantwortung gezogen werden könne, also um die *Straffähigkeit.* v. Liszt gebraucht *hier* das Wort „Schuld“ nicht im üblichen und philosophischen Sinne, sondern gleichbedeutend mit Straffähigkeit; durch diese Verwendung des Wortes giebt er aber deutlich zu erkennen, dass er das, was sprachüblich unter „Schuld“ verstanden wird, als irrelevant für die Straffähigkeit betrachtet; und der Nachsatz bestätigt dies. Zwischen „Deliktsfähigkeit und Straffähigkeit“ scheidet auch *Finger,* Lehrbuch des österr. Strafrechts I, S. 107.

Glück seltenen Fälle gegeben, wo die subjektiv-sittliche Wahl objektiv-schädlich ist.

Dass ein solches Individuum gestraft werden solle, darüber herrscht so wenig Zweifel, dass schon J. St. Mill den Indeterministen gegenüber darauf hinweisen konnte, dass sie, die zwar die Notwendigkeit des Willensentschlusses, nicht aber die der Urteilsakte leugneten, den aus irriger Überzeugung Schädlichen ohne Inkonsequenz nicht als straffähig erklären dürften. — Freilich hat die Strafdrohung hier nicht den Zweck, die sittlichen Motive zu verstärken, resp. die unsittlichen zu paralysieren, und der Strafvollzug ebensowenig die Aufgabe, schädliche Fertigkeiten und Fehler des Gemütes zu beseitigen, denn weder das eine noch das andere ist vorhanden.

Einerseits ist vielmehr die Strafe durch den blossen Abschreckungszweck geboten; sie schafft Motive zum Abstehen von dem objektiv-schädlichen Verhalten, andererseits hängt Art und Mass hier nicht von der Festigkeit *moralischer* Fertigkeiten oder Fehler ab, sondern teils eben von dem Masse der erforderten Abschreckung, teils von der Wahrscheinlichkeit, dass der subjektiv-sittliche Übelthäter sein schädliches Verhalten wiederholen werde.

Ausschlaggebend ist hierfür der Umstand, ob der Irrtum einer starken intellektuellen Fertigkeit zu solch irrigem Glauben entspringt oder ob der unverschuldete Irrtum nur zufällig durch seltene Verkettung äusserer Bedingungen hervorgerufen wurde, ohne dass er einer eingewurzelten, irrigen Denkgewohnheit entspringt; nur in ersterem Falle soll gestraft werden; hierbei wird der Strafvollzug auf die Bekämpfung der intellektuellen Disposition Rücksicht zu nehmen haben, natürlich aber auch auf die vorhandene Anlage des Thäters zu subjektiv-sittlichem Verhalten; eine Behandlung des Thäters, als wäre er sittlich verderbt, wäre ganz verfehlt. Ein praktisch unzerstörbarer Wahn fordert dauernde Unschädlichmachung durch Verwahrung; aber die sittliche Tugend des Individuums sollte dennoch respektiert werden und ihm ein gewisses freies, seinen Anlagen entsprechendes Wirken thunlichst ermöglicht werden. — Der Politiker aber wird, um solche Erscheinungen zu verhüten, sein Augenmerk der intellektuellen Erziehung des Volkes zuwenden; Unwissenheit, Irrtum, Vorurteil und Aberglauben durch Verbreitung der Erkenntnis zu bekämpfen, wird nicht minder als die ethische Bildung der Gesellschaft zu seinen wichtigsten Aufgaben gehören. — Die Anwendung des Gesagten auf den Fall der unverschuldeten Unwissenheit wird jedermann leicht zu machen im stande sein.

5. Die Rechtfertigung der Strafe liegt in nichts anderem als in ihrer Tauglichkeit, den von menschlichem Verhalten abhängigen Benachteiligungen des höchsten Gutes vorzubeugen. Nehmen wir an, es wären Umstände, welche eine für *viele* Menschen unverschuldete, unwiderstehliche Versuchung zu grosser Schädigung mit sich bringen, weit verbreitet und nicht zu beseitigen; dennoch müsste hohe Strafe verhängt werden, sofern nur zu erwarten ist, dass die (relativ unüberwindliche) Disposition, der so gearteten Versuchung zu erliegen, durch sie vermindert werden könnte. — Ja, selbst wenn absolut unüberwindliche, unverschuldete Fertigkeiten zum Bösen weit verbreitet wären, bliebe die Strafe ein richtiges Mittel ihrer Bekämpfung.

Mit der fortschreitenden Entwicklung der Psychologie, Gehirn-Physiologie und Psychiatrie wird die Inanspruchnahme des Seelenarztes bei der Behandlung psychischer Defekte naturgemäss mehr in den Vordergrund treten. Bei dem augenblicklich noch unentwickelten Zustand dieser Disciplinen muss auf seine Mitwirkung vielfach verzichtet werden, wo künftig er allein seines Amtes walten wird.

6. Wie es Pflicht der Gesellschaft ist, Strafe anzudrohen und zu verhängen, so ist es Pflicht des Einzelnen, die Strafe auf sich zu nehmen; in der That ist dies der nächstliegende Weg, um dem bewirkten Übel ein es einigermassen aufwiegendes Äquivalent entgegenzusetzen, nicht nur durch die zu erhoffende günstige Dispositionsbeeinflussung, sondern auch durch die wohlthätige Wirkung, die jede gerechte Bestrafung auf die Allgemeinheit ausübt, und durch die Stärkung, welche die rechtlich-sittliche Ordnung des Staates erfährt. Der reuevolle Übelthäter mag sich sagen: „Schon bleibt verdorben, was verdorben ist — was ich gestürzt habe, steht ewig niemals auf. — Aber noch blieb mir etwas übrig, womit ich die beleidigten Gesetze versöhnen und die misshandelte Ordnung wiederum heilen kann. — Sie bedarf eines Opfers — eines Opfers, das ihre unverletzbare Majestät vor der ganzen Menschheit entfaltet — dieses Opfer bin ich selbst.“

Für jene Individuen, die ihre sittliche Freiheit eingebüsst haben und einem unüberwindlichen Drange zu folgen sich bestimmt sehen, ist die Unterwerfung unter die Strafe sogar das *einzige* ihrer Macht zugängliche Mittel, sich von der verderblichen Fertigkeit zu erlösen und zukünftige Übelthat zu vermeiden. Darum lädt ein solcher,

der die heilende Strafe flieht, *neue* Schuld auf sich, wenn sein Laster ein *verschuldetes* war, und wird, wo es sich um *unverschuldete* Fertigkeiten handelt, gerade durch die Flucht erst ein Schuldiger.

7. Wie die Strafe, so ist auch Schuld und Schuldbewusstsein nur vom Standpunkte des Determinismus verständlich[1]); so wenig als man von einem Schlachtfelde sagen kann, es habe das Völkermorden verschuldet, weil die Schlacht auf ihm geschlagen wurde, so wenig könnte man ein Individuum einer Übelthat beschuldigen, wenn dessen Seele nur der unbeteiligte Schauplatz ursachloser Entschlüsse wäre; und ebensowenig könnte der Mensch ein unrichtiges Wählen oder ein unrichtiges Verhalten als das seine *bereuen,* wenn er nicht, in der Macht über *dessen Bedingungen und Ursachen,* es selbst in seiner Macht gehabt hätte.

Nichts einleuchtender, als dass, wie jede Veränderung der Welt, auch alle Veränderungen der menschlichen Seele ihre Ursachen haben; nicht das ist die Konsequenz des Determinismus, dass Schuld und Zurechnungsfähigkeit, Strafe und Straffähigkeit entfallen müssten, vielmehr ist all dies ohne ihn geradezu absurd. Dies aber ist wahr, dass sonach die Menschen alle mehr oder minder bestimmt sind, Schuldige zu werden. — Unser moralisches Urteil jedoch wird durch die Erkenntnis der Notwendigkeit der unrichtigen Gemütsthätigkeit ebensowenig alteriert, als unser Tadel logischer Unrichtigkeit durch die Einsicht, dass wir nur nach Naturgesetzen irren können, und als das berechtigte Missfallen des ästhetisch Minderwertigen beeinträchtigt wird, wenn wir das hässliche Objekt als notwendig erkennen[2]).

8. Dagegen wird diese Erkenntnis unsere rachsüchtigen Instinkte zu meistern berufen sein[3]) und uns mahnen, den Verbrecher und

---

[1]) In die Streitfrage Determinismus oder Indeterminismus einzugehen, müssen wir spätern Untersuchungen überlassen; an dieser Stelle sei nur so viel bemerkt, dass wir den Determinismus für eine der gesichertsten Thatsachen halten; und zwar für bewiesen nicht auf dem Wege der Erfahrung, sondern als blosse Konsequenz des analytisch einleuchtenden Kausalitätsgesetzes: Kein Werden ohne Ursache.

[2]) Vgl. Anmerkung auf Seite 297.

[3]) Zu Konzessionen an rachsüchtige Volksinstinkte darf sich der Politiker nur bei *kulturell tiefstehenden* Nationen verstehen, und auch da soll er erzieherisch wirken; vgl. „Motiv“, Anmerkung 24. Anderer Meinung Finger, Lehrbuch des österreichischen Strafrechts, S. 15 und S. 24. Treffend v. Liszt LXVII, S. 83.

Übelthäter als einen Unglücklichen zu bemitleiden, dem strafend entgegenzutreten ein schweres Opfer ist, das nur notgedrungen im Interesse der höchsten Güter erbracht werden muss. — Diese Erkenntnis wird uns vor Tugendstolz und Hochmut wahren; sie wird uns bestimmen, eine glücklichere ethische Anlage und Beschaffenheit als ein göttliches Geschenk zu betrachten. Aber Vergeltung und Sühne zu üben, wird sie uns nicht als unsere Aufgabe zugestehen; denn nirgends ist uns ein Massstab gegeben, das richtige Verhältnis zwischen sittlichem und sinnlichem Übel zu finden. Mag ein solches bestehen — dann wird es von höherer als menschlicher Macht gefunden werden; wie weit es etwa in der Strafe realisiert wird, ist eine unbeantwortbare Frage, und unser praktisches Bestreben kann darum nicht darauf gerichtet sein, es herzustellen [1]; was die Schwere der Strafe bestimmt, ist nicht die Schuld, sondern die Nützlichkeit. Der Satz: „Keine Strafe ohne Schuld" hat keinen Bestand — und an seiner Stelle gilt die Regel: „Keine Strafe ohne Nutzen für das höchste Gut" [2]).

---

[1]) Nur darum aber handelt es sich im Strafrecht; darum würde ich nicht mit *v. Liszt* versuchen wollen, eine Versöhnung mit dem Vergeltungsgedanken anzubahnen. Und wenn *Stooss* a. a. O., S. 4, meint, die Vergeltung stehe im Dienste des staatlichen Rechtsschutzes, so verstehe ich auch dies nur dahin, dass sie hinter dem Schutzzwecke ganz und gar zurückzutreten habe und in keiner Weise praktische Berücksichtigung verdiene; sie ist, wenn es etwas wie eine (metaphysische) Vergeltung giebt (vgl. mein „Motiv"), für uns nur eine *unbeabsichtigte Begleiterscheinung* der staatlichen Strafe.

[2]) Wenn Stooss a. a. O. lehrt: „Zur Strafbarkeit gehört nicht *nur* die Schuldfähigkeit, sondern *auch* die Fähigkeit, bestraft zu werden, strafbar zu sein. Strafbarkeit setzt nicht *nur* voraus, dass der Thäter doli seu culpæ capax sei, sondern *auch*, dass er pœnæ capax sei", so bin ich hingegen der Meinung, dass diese Sätze richtig wären, wenn die Worte „*nur*" und „*auch*" entfielen.

Ich glaube andererseits, dass v. Liszt, der sich um die Reform der Strafrechtswissenschaft wesentliche Verdienste erworben hat, in seinem Vortrage über die Zurechnungsfähigkeit (III. Internationaler Kongress für Psychologie) in seiner Kritik zu weit geht, wenn er behauptet: „Die Begriffe „Schuld" und „Sühne" mögen in den Schöpfungen unserer Dichter weiter leben wie bisher; strenger Kritik der geläuterten, wissenschaftlichen Erkenntnis vermögen sie nicht standzuhalten." Ich kann das nur bezüglich des Sühnebegriffes uneingeschränkt zugeben; für ihn ist in der strafrechtlichen Disciplin kein Raum; was den „Schuldbegriff" anlangt, so räume ich ein, dass seine Bedeutung weit überschätzt wurde, und freue mich, einen so namhaften Forscher hierin mit mir eines Sinnes zu wissen; ihn fallen zu lassen aber finde ich keine Veranlassung.

Eingabe der Union für Frauenbestrebungen

an das

eidgenössische Justizdepartement

zu Handen

der Kommission für ein schweizerisches Strafrecht.

Die Union für Frauenbestrebungen überreichte dem eidgenössischen Justizdepartement im Juni 1897 eine Eingabe, die sich auf die Entwürfe für ein schweizerisches Civilgesetzbuch und für ein schweizerisches Strafgesetzbuch bezieht.

Zu dem Entwurf für ein schweizerisches Strafgesetzbuch bringt die Union für Frauenbestrebungen folgende Bemerkungen an:

Ad § 35: „*Hat sich jemand durch ein Verbrechen der elterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt unwürdig gemacht, so entzieht sie ihm der Richter für die Zeit von 1—15 Jahren ....*“ würden wir dringend die Bestimmung wünschen, dass die elterliche Gewalt ausnahmslos dann entzogen werden müsse, wenn sich die Betreffenden des *Verbrechens der Kuppelei oder eines andern Sittlichkeitsverbrechens* schuldig gemacht haben. Eine erzieherische Thätigkeit irgend welchen Wertes ist in solchem Falle ganz undenkbar. In allerletzter Zeit noch haben wir Gelegenheit gehabt, an abschreckenden Beispielen zu sehen, welche moralische Verkommenheit die Folge des Aufwachsens in solch unsittlicher Mitte ist.

Der „Fall Gentert“ hietet u. a. eine grelle Illustration zu solchen Verhältnissen; wenn man bedenkt, dass zahlreiche Kinder ehrbarer Eltern in der Schule in engen Verkehr mit diesem unter Dirnen auferzogenen Knaben kamen, und welchem Einfluss sie dadurch ausgesetzt waren, kann man sich die verderblichen Wirkungen noch lebhafter vergegenwärtigen. Es handelt sich hier also nicht nur um den Schutz des der Verwahrlosung ausgesetzten Kindes, sondern auch um den der andern, die mit ihm in Berührung kommen müssen.

Ad §§ 71, 74, 82. Die ausdrückliche Bestimmung, dass „*der Diebstahl (resp. Veruntreuung oder Betrug) zum Nachteil des Kindes straflos bleibt*", scheint uns eine grosse Härte, ja geradezu eine Unbilligkeit in sich zu schliessen; es liegt in der Natur der Sache, dass ein solcher „Diebstahl" aus naheliegenden Gründen meistens unbestraft bleibt. Aber die Zusammenstellung einer als Diebstahl, Veruntreuung oder Betrug vom Gesetz selbst gekennzeichneten Handlung mit der Gewähr der Straflosigkeit hat etwas für den natürlichen Gerechtigkeitssinn Verletzendes. Die Fälle, an die man sofort denkt, und die meisteus Bestehlung der Kinder durch heimlichen Bezug ihrer kleinen Sparkassenvermögen betreffen (es sind nns öfters solche vorgekommen, in deuen der Vater das dem Kinde von einem Paten oder Beschützer geschenkte, eventuell von der Mutter mühsam zurückgelegte Geld heimlich bezogen und vertrunken hat), beanspruchen so wenig Sympathie, dass man sieh erstaunt frägt, warum das Gesetz von vornherein solche Diebstähle an der hülfslosen Person absolvieren und dadurch geradezu dazu ermuntern wolle? Wir glauben, dass eine Bestimmung ähnlicher Art wie die folgende genügen dürfte: „*Verbrechen gegen das Vermögen, die von Familienangehörigen gegeneinander begangen werden, werden nur auf Antrag bestraft.*"

Ad § 112, „*Wer mit einem Kinde unter 15 Jahren eine unzüchtige Handlung vornimmt* u. s. f.", bitten wir dringend, die Altersgrenze von *15 auf 18* Jahre zu erhöhen.

Das Gesetz selbst bezeichnet in § 107 das *Alter von 16 Jahren als Schutzgrenze*, wo es sich um *Entführung zu einem unsittlichen Zwecke* handelt, nnd ebenso wird es als unterste *Grenze der Heiratsfähigkeit* bezeichnet. Wir werden nicht nnterlassen, auch hier an betreffender Stelle um *Erhöhung des Alters auf 18 Jahre zu petitionieren.* Bis zu 16 Jahren sind unsere Kinder noch wirklich „Kinder" nnd sollten in ausgiebigster Weise geschützt werden: eine specielle Herabsetzung der Altersgrenze im § 112 kann nur als ein Schutz *der* Menschen betrachtet werden, die verabscheuungswürdige Handlungen an einem Kinde begehen, und *diese* sind doch wahrlich keines Schutzes würdig! Wir wissen, von welchen unauslöschlichen Folgen für das ganze Leben in manchen Fällen schon eine an dem Kinde begangene unzüchtige Handlung begleitet war, auch da, wo die Gesundheit desselben nicht nachweisbar und unmittelbar „schwer" geschädigt würde (§ 114). Wenn wir die Schutzgrenze von 16 Jahren als *zu tief gegriffen* erachten, so werden wir dabei auch von der Erwägung geleitet, dass ein in der Entwicklungszeit stehendes Mädchen, dessen Nervensystem sowieso empfindlicher und schonungsbedürftiger ist, vor einem solchen Verbrechen ebenso geschützt werden sollte, wie ein jüngeres Kind.

Ad § 113, Absatz 2, „*Wer mit einer Person, die als Pflegling einer Anstalt oder eines Spitals, oder als Gefangener, Verhafteter, Angeschuldigter von ihm abhängig ist, eine unzüchtige Handlung vor-*

nimmt ....“ etc., würden wir sehr eine Ergänzung begrüssen durch Einfügung der Bezeichnung „als Patient“. Die Motivierung dieses Verlangens giebt in allererster Linie der Prozess, der letztes Jahr in Zürich und auswärts so viel Aufsehen gemacht hat, aber auch der Umstand, dass bekanntlich ähnliche Fälle durchaus nicht so selten sind. Es muss dem Gericht ermöglicht werden, einen solchen Arzt, zu dem man, wie es im alltäglichen Leben gewöhnlich ausgedrückt wird, „ein Mädchen nicht allein schicken darf“, seine Hand fühlen zu lassen, auch *bevor* ein nicht wieder gut zu machendes Unglück die Öffentlichkeit alarmiert.

Für die vielen und bedeutenden Besserungen, die das Strafgesetz besonders in dem Kapitel „Sittlichkeitsverbrechen“ bringt, sind wir der betreffenden Kommission zu grossem Dank verpflichtet und fühlen uns dadurch ermutigt, noch den Wunsch auszusprechen, dass eine Bestimmung die *Strafbarkeit derjenigen Person* festsetzt, die *mit Verschiedenen uneheliche Kinder erzeugt;* es sind uns Fälle bekannt, wo — fast gleichzeitig — 3—4 Mädchen von Kindern entbunden wurden, die den gleichen Vater hatten! Die Betreffenden sollten sich durch eine bezügliche Bestimmung ihrer Verantwortlichkeit besser bewusst werden, und gewiss ist es auch im Interesse des Staates, solch liederliches und gewissenloses Handeln nicht ungestraft fortwuchern zu lassen. Das norwegische Strafgesetzbuch enthält (§ 25) eine solche Bestimmung.

Congrès pénitentiaire international de Bruxelles
(1900).

Communiqué

par

M. le docteur *L. Guillaume* à Berne.

Travaux préparatoires. La Commission pénitentiaire internationale, composée de délégués officiels des gouvernements qui ont adhéré à son règlement d'organisation, s'est réunie à Bruxelles le 15 septembre dernier pour arrêter le programme des questions qui seront discutées au prochain Congrès. Les gouvernements qui ont adhéré au règlement sont ceux de l'Angleterre, du grand-duché de Bade, de la Bavière, de la Belgique, du Danemark, des Etats-Unis d'Amérique, de la France, de la Grèce, de la Hongrie, de l'Italie, de la Norvège, des Pays-Bas, de la Russie et de la Suisse.

La Commission a décidé qu'il y avait lieu, d'une part, de limiter autant que possible le nombre des questions qui seraient portées au programme du Congrès, et, d'autre part, de maintenir les quatre sections du programme, c'est-à-dire de ne pas supprimer la section spéciale relative aux questions intéressant l'enfance. Cette dernière section avait été admise pour la première fois au Congrès de Paris en 1895.

Conformément à cette décision, les questions suivantes ont été admises au programme:

Questions admises au Programme
du
Congrès pénitentiaire international
qui aura lieu à
Bruxelles en 1900.

PREMIÈRE SECTION *(Législation pénale).*

1° Quels seraient, dans l'ordre d'idées indiqué par le Congrès de Paris, les moyens les plus pratiques d'assurer à la victime du délit l'indemnité qui peut lui être due par le délinquant?

2° Faut-il admettre l'extradition des nationaux?

3° Quels sont les principes à suivre en déterminant les limites de la compétence de la justice criminelle quant à la poursuite de délits commis à l'étranger ou en coopération avec des individus, nationaux ou étrangers, résidant à l'étranger?

4° Y a-t-il des catégories de délinquants auxquels puisse être appliquée la sentence indéterminée, et comment cette mesure doit-elle être réalisée?

5° Quelles mesures pourraient être recommandées dans le but de réprimer plus efficacement les actes délictueux généralement connus sous le nom de chantage? Y a-t-il lieu notamment d'établir une procédure spéciale pour la poursuito de ce genre de délit?

DEUXIÈME SECTION *(Discipline pénitentiaire).*

1° D'après quels principes le service sanitaire et médical des établissements pénitentiaires devrait-il être organisé?

Comment faut-il assurer le contrôle médical régulier de la santé physique et mentale des détenus?

Jusqu'où peut s'étendre la compétence du médecin dans la solution des questions relatives à l'alimentation des détenus, leur habillement, leur travail, les punitions qui leur sont infligées, etc.?

2° En ce qui concerne les délinquants encore jeunes, y a-t-il lieu de préconiser le système des „Reformatories", tel qu'il est organisé aux Etats-Unis de l'Amérique du Nord?

3° L'expérience faite jusqu'à ce jour du régime de l'emprisonnement cellulaire, qu'il ait été appliqué soit comme mode unique d'exécution de toutes les peines privatives de la liberté ou de certaines de ces peines seulement, soit durant le cours entier ou pendant une certaine période desdites peines, a-t-elle donné des résultats qui permettent d'apprécier la valeur de ce régime et de chacun de ses divers modes d'application au point de vue notamment:

a) de son influence sur l'état de la criminalité et de la récidive dans les pays où il est intégralement ou partiellement appliqué;

b) de ses conséquences sur la santé physique et mentale des détenus qui y sont soumis pendant un terme plus ou moins long?

Fragen,

die auf

dem Internationalen Gefängniskongress in Brüssel

im Jahre 1900

behandelt werden sollen.

Erste Sektion (Strafgesetzgebung).

1. Wie kann der Gesetzgeber bewirken, dass der durch ein Verbrechen Geschädigte den Schadenersatz, auf den er Anspruch hat, wirklich erhält? (Vgl. die Beratungen des Pariser Kongresses.)
2. Darf der Staat seine eigenen Bürger ausliefern?
3. Welche Grundsätze sollen für Verbrechen gelten, die im Ausland begangen werden, und für Verbrechen, zu denen Personen (Inländer oder Ausländer) mitwirken, die im Ausland wohnen?
4. Ist die Verurteilung auf unbestimmte Zeit für einzelne Klassen von Verbrechern einzuführen und in welcher Weise?
5. Wie können die Fälle von Erpressung, die gewöhnlich als Chantage bezeichnet werden, wirksamer als bisher bekämpft werden? Soll für diese Delikte ein besonderes Verfahren eingeführt werden?

Zweite Sektion (Gefängniswesen).

1. Nach welchen Grundsätzen soll der Sanitätsdienst in Strafanstalten eingerichtet werden?

   Wie kann die körperliche und geistige Gesundheit der Gefangenen regelmässig ärztlich beobachtet und festgestellt werden?

   Welche Befugnisse sollen dem Arzt hinsichtlich der Ernährung, der Bekleidung, der Beschäftigung und der disciplinären Bestrafung von Sträflingen zustehen?
2. Sind für jugendliche Verbrecher Anstalten einzuführen, wie sie unter dem Namen Reformatories in Nordamerika bestehen?
3. Welchen Einfluss hat erfahrungsgemäss die Einzelhaft, werde sie nun für alle oder nur für einzelne Freiheitsstrafen, für die ganze Strafdauer oder nur für einen Teil der Strafzeit angewendet:
   a) auf den Stand der Kriminalität und des Rückfalls,
   b) auf die geistige und körperliche Gesundheit der Sträflinge in den einzelnen Ländern?

4° Les récidivistes doivent-ils être soumis à un régime disciplinaire plus sévère que les condamnés qui subissent une première peine, et en quoi cette aggravation doit-elle consister?

TROISIÈME SECTION *(Moyens préventifs).*

1° Faut-il ranger parmi les moyens de prévention du crime l'émigration ou l'établissement dans une possession coloniale, dans certains cas, des mineurs qui ont été soumis au régime éducatif des établissements de réforme ou autres similaires?

Dans l'affirmative, comment y aurait-il lieu d'y pourvoir?

2° Quelle est, dans les divers pays, l'influence reconnue de l'alcoolisme sur la criminalité?

A quels moyens spéciaux y a-t-il lieu de recourir, à l'égard des condamnés en général, pour combattre l'alcoolisme?

3° Dans quelle mesure et dans quelles conditions l'action des sociétés de patronage peut-elle être favorisée par des offices qui se chargent gratuitement de fournir des renseignements et de procurer des emplois?

QUATRIÈME SECTION *(Protection de l'enfance).*

1° Quelles conditions doivent être exigées pour que les mineurs puissent être considérés comme récidivistes, et quelles conséquences la récidive doit-elle entraîner à leur égard?

2° Y a-t-il lieu de rendre obligatoire et de quelle façon y a-t-il lieu d'organiser l'intervention des comités de patronage à l'égard des jeunes délinquants pour lesquels il a été rendu une sentence provisoire ou une condamnation avec sursis?

3° D'après quelles règles convient-il d'organiser l'enseignement professionnel dans les établissements de réforme ou autres similaires destinés aux enfants?

4° Ne conviendrait-il pas, pour assurer une éducation rationnelle des jeunes délinquants, ainsi que des enfants vicieux ou seulement moralement abandonnés, de combiner le système du placement dans un établissement avec celui de la mise en apprentissage ou de la mise en pension dans des familles?

---

4. Soll die Disciplin in der Strafanstalt für Rückfällige strenger sein, als für erstmals Verurteilte, und inwiefern?

Dritte Sektion (Vorbeugende Massnahmen).

1. Sollen für Minderjährige, die in Zwangserziehungsanstalten untergebracht waren, in gewissen Fällen die Auswanderung und die Verweisung in eine Kolonie als vorbeugende Massnahmen Anwendung finden, wenn ja, in welcher Weise?

2. Welchen Einfluss hat der Alkoholismus in den einzelnen Ländern auf die Kriminalität?

   Durch welche besondern Massnahmen kann der Alkoholismus bei Verbrechern bekämpft werden?

3. In welchem Umfange und unter welchen Voraussetzungen kann die Thätigkeit der Schutzaufsichtsvereine durch Stellen unterstützt werden, die unentgeltlich Auskunft erteilen und Stellen vermitteln?

Vierte Sektion (Fürsorge für die Jugend).

1. Unter welchen Voraussetzungen soll ein Minderjähriger als rückfällig angesehen werden? Wie ist der Rückfall Minderjähriger zu behandeln?
2. In welcher Weise sollen sich die Schutzaufsichtsvereine für jugendliche Verbrecher verwenden, die provisorisch oder bedingt verurteilt worden sind? Sollen die Schutzaufsichtsvereine verpflichtet werden, in jedem solchen Falle einzuschreiten?
3. Nach welchen Grundsätzen ist der gewerbliche Unterricht in den Anstalten für Jugendliche einzurichten?

4. Kann eine zweckmässige Erziehung jugendlicher Verbrecher und verdorbener oder verwahrloster Kinder dadurch erreicht werden, dass der Jugendliche nicht ausschliesslich einer Anstalt übergeben wird, sondern ausserdem eine Lehrzeit besteht oder in einer Familie untergebracht wird?

Chacune de ces questions sera accompagnée d'une note explicative qui servira de guide aux rapporteurs désignés dans les divers pays, et une circulaire adressée aux facultés de droit, aux sociétés de criminalistes, aux sociétés pénitentiaires et de patronage, ainsi qu'aux personnes qui s'occupent de l'éducation de l'enfance malheureuse, énumérera les renseignements qu'on désire recueillir.

La Société suisse des prisons, à laquelle le programme a été communiqué lors de sa dernière réunion, a chargé son comité central de recevoir les communications de la Commission pénitentiaire et de trouver en Suisse des personnes compétentes disposées de se charger de remplir les fonctions de rapporteur sur l'une ou l'autre des questions posées.

Comme cette commission demandera une monographie exposant l'état actuel de la question pénale et pénitentiaire dans chaque pays, ainsi qu'une bibliographie, le comité central de la Société suisse des prisons aura aussi à s'occuper de cette question.

Nous espérons que la Suisse prendra part, comme précédemment, à ces travaux et contribuera à la réussite du Congrès de Bruxelles qui, pour ce qui concerne la science pénologique, promet de léguer au siècle futur une œuvre digne du siècle actuel.

Das Strafgericht und die Sachverständigen.

Die „Basler Nachrichten" brachten in Nr. 249 vom 14. September 1897 folgende Ausführungen über die Aufgabe des Sachverständigen im Strafprozess:

Ein eigentümlicher *Rechtsfall*, der in den letzten Tagen die Zürcher *Geschworenen* in Pfäffikon beschäftigte und dessen Ausgang wir am Samstag gemeldet haben, hat weit über Zürich hinaus — begreiflicherweise — nicht wenig Aufsehen hervorgerufen. Am 1. Mai 1897 hat auf der Platzpromenade in Zürich der Techniker Rudolf *Peter* von Wiesendangen den Robert Landolt, Fabrikbesitzer, seinen Vorgesetzten, mit seinem Ordonnanzgewehr meuchlings *niedergeschossen*. Peter hat — so viel ist durch das Zeugenverhör festgestellt — *geglaubt*, dass er von Landolt verfolgt werde, während es ebenso feststeht, dass das Opfer ein sehr loyaler und gutmütiger Herr, auch gegenüber Peter, gewesen ist. Peter ist *straflos* ausgegangen, weil zwei Irrenärzte, Prof. Dr. *Forel* und Prof. Dr. Hans von *Wyss*, übereinstimmend durch Gutachten erklärt haben, dass Peter zur Zeit der That die erforderliche Urteilskraft nicht besessen habe.

Wenn wir uns erlauben, an diesem höchst auffälligen, dem Rechtsgefühl des Volkes total unverständlichen Ausgang des Prozesses Kritik zu üben, so geschieht es nicht, weil wir etwa den Richtern oder den Geschworenen oder den medizinischen Sachverständigen einen Vorwurf zu machen hätten. Es geschieht deshalb, weil wir überhaupt die ganze Einrichtung, wonach in solchen Fällen *alle Verantwortlichkeit* und das *Wesentliche* der *Urteilsfunktion* vom Gerichte ab- und auf die Experten gewälzt werden, für verfehlt halten.

Wer hat in diesem Falle eigentlich und dem Wesen nach das Urteil gefällt, die Geschworenen und die Richterbank oder aber die zwei Ärzte? Die vom Staate eigens bestellte Behörde, die „Recht und Unrecht genau soll scheiden", oder die Mediziner, deren Aufgabe nicht die Gesetzesanwendung ist und deren Verantwortlichkeit in ganz anderer Richtung liegt, als die des Richters?

§ 44 des Zürcher Strafgesetzbuches sagt was folgt: „*Die Strafbarkeit einer Handlung ist ausgeschlossen,* wenn die Geistesthätigkeit des Handelnden zur Zeit der Begehung der That in dem Masse gestört war, dass er die Fähigkeit der Selbstbestimmung oder die zur Erkenntnis der Strafbarkeit der That erforderliche Urteilskraft nicht besass.“

Es steht wohl ausser Zweifel, dass Peter die Strafbarkeit seiner That zur kritischen Zeit gekannt hat, auch wenn er damals nicht daran dachte. Die wenigsten Verbrecher beschäftigen sich bei Begehnng einer rechtswidrigen Handlung mit der Frage, ob dieselbe strafbar sei oder nicht; sie hoffen vielmehr der Entdeckung zu entgehen, oder sie folgen irgend einem Impulse. Der Wortlaut des ärztlichen Gutachtens ist uns nicht bekannt; indessen lautet er offenbar dahin, dass Peter zur Zeit der That an Verfolgungswahn gelitten und die *Fähigkeit der Selbstbestimmung* nicht besessen habe. „Er habe die erforderliche Urteilskraft nicht besessen“ — so ist uns von unserem Zürcher Berichterstatter der Schluss des ärztlichen Gutachtens übermittelt worden.

Hierin steckt unseres Erachtens der Fehler. Ob dem Peter die „Fähigkeit der Selbstbestimmung“ gefehlt habe oder nicht, das hätte nicht der *Irrenarzt,* sondern der *Richter* entscheiden sollen. Denn wenn der Irrenarzt diese Frage beantwortet, so hat er bereits auch über die Anwendung des Gesetzes entschieden, er hat einen logischen Schluss gezogen, den zu ziehen Sache des Richters ist. Der Arzt hätte bloss über die geistige Krankheit, ihre Stärke, sich äussern sollen.

Was dnrch die Presse über diese Prozessverhandlung bekannt geworden ist, das führt uns zu der Annahme, dass auch in diesem Falle der Richter die Autorität des gerichtlichen Experten zu hoch angeschlagen habe, wie wir es überhaupt beklagen, dass mehr und mehr bei den Gerichten die Tendenz zn Tage tritt, sich der eigenen Verantwortlichkeit zu entschlagen und dieselbe den „Sachverständigen“ zuzuweisen.

Wohin dies führt, das zeigen zwei Urteile des *st. gallischen Kantonsgerichts,* die soeben durch eine Gelegenheitsschrift bekannt geworden sind. [1]) Innert zwei Jahren hat dasselbe zwei nnschnldig Verurteilte, die bereits ihre Strafen — 6 Monate Arbeitshaus im einen, 1½ Monate im andern Falle — abgebüsst hatten, von Schnld und Strafe freigesprochen nnd ihnen Satisfaktion zuerkennen müssen. In beiden Fällen war das Urteil lediglich auf Grund von Schriftexpertisen gefällt worden, nnd beidemal hat sich diese Expertise *nachträglich als falsch* erwiesen. Mehr als je erwächst dem Richter die Mahnung, solche und andere Expertisen mit Vorsicht aufzunehmen, mögen sie anch noch so bestimmt und nnzweideutig lauten. Eines der frappantesten Beispiele für die unheilvolle Thätigkeit der Schriftexperten liefert wohl die Verurteilung des Haupt-

[1]) *J. Edelmann,* Lehrer in Lichtensteig. Die Schriftexpertise im Strafprozess. Ein Mahnruf gegen die Verurteilung Unschuldiger. Zürich 1897, Orell Füssli.

manns Dreyfus als eines Landesverräters, während bis heute noch kein vernünftiges Motiv, das Dreyfus zu einem solchen Verbrechen hätte führen können, bekannt geworden ist.

Um nun auf den Zürcher Fall zurückzukommen, so besteht die Differenz darin: Der Richter und der Irrenarzt können über die Frage, ob jemand die „Fähigkeit der Selbstbestimmung" gehabt habe, nicht immer derselben Ansicht sein, so wenig als der *Philosoph* und der Richter. Wer ist überhaupt vollkommen Herr seines Willens? Die Freiheit der Selbstbestimmung besteht für einzelne philosophische Systeme überhaupt nicht; sie besteht nicht nach Ansicht des Irrenarztes an Orten und bei Individuen, wo sie der Richter, will er wirklich Recht und Gesetz zur Anwendung bringen, als vorhanden annehmen muss. Ist derjenige, der *aus Hunger* stiehlt, im Besitze der berühmten Fähigkeit der Selbstbestimmung? Würde der Richter jemand, der aus Hunger stiehlt, wegen mangelnder Fähigkeit der Selbstbestimmung freisprechen? Die Grenze, wo die Freiheit der Selbstbestimmung aufhört und die Zwangs- und Wahnvorstellungen anfangen, darf nicht einseitig dem Irrenarzt zur Absteckung überlassen bleiben, sondern der Richter soll als Hüter des Rechts und der allgemeinen Rechtsauffassung des Volkes, aus der das Gesetz entsprungen ist, das massgebende Wort auch in dieser Frage behalten, so wie auch die Verantwortung auf ihm lasten bleibt. Das Gutachten des gerichtlichen Experten darf nicht zum bequemen Ruhekissen des Richters werden.

Auf diese Ausführungen erwiderte Herr Dr. *Meine,* Sekundararzt der Irrenanstalt Basel, in Nr. 252 vom 17. September 1897 desselben Blattes:

Die dort vertretene Ansicht, dass *nicht der Irrenarzt,* sondern der *Richter* die Schlussfolgerung über die „Fähigkeit der Selbstbestimmung" zu ziehen habe, ist eine vollkommen berechtigte. Die Psychiatrie ist eine Erfahrungswissenschaft, welche über eine gewisse Summe von pathologischen Thatsachen verfügt, wie jede andere medizinische Disciplin auch. Auf Grund dieser seiner Wissenschaft ist der Irrenarzt befähigt, das *Bestehen oder Nichtbestehen* einer *Geisteskrankheit,* wenn er darüber vom Richter befragt wird, in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle festzustellen. Mit der Philosophie dagegen hat die Psychiatrie als solche nichts zu thun, und zwar ebensowenig mit der älteren Psychologie wie mit der modernen (experimentellen). Legt man dem Arzte also Fragen vor, wie z. B. über die „Fähigkeit der Selbstbestimmung" oder über „freie Willensbestimmung" oder dergleichen, so versetzt man ihn nur in die Lage eines Laien, und es werden derartige Fragestellungen stets zu unfruchtbaren populär-psychologischen Diskussionen zwischen Richter und Arzt führen.

In der That hat denn auch der grosse Psychiater und Neurolog *C. Westphal* in Berlin († 1890), der in den 70er Jahren und am Anfange der 80er Jahre unbestritten an der Spitze der Vertreter der Psychiatrie stand, es stets abgelehnt, in seinen Gutachten derartige Fragen nach „freier Willensbestimmung" u. a. zu beantworten. Allerdings war er in der günstigen Lage, die Gesetzesparagraphen für sich anführen zu können. Der bezügliche § 51 des deutschen Strafgesetzbuches lautet nämlich:

„Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Thäter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewusstlosigkeit oder krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war."

Zu diesem Schlusssatze bemerken die Motive zu dem § 49 des dem Reichstage des Norddeutschen Bundes vorgelegten Entwurfs eines Strafgesetzbuches, aus welchem der § 51 des jetzt geltenden deutschen Strafgesetzbuches hervorgegangen ist, in dieser Beziehung Seite 74 ausdrücklich:

„Bei der gewählten Fassung des Paragraphen hat man zugleich mit den Schlussworten desselben ausdrücken wollen, dass die Schlussfolgerung selbst, nach welcher die freie Willensbestimmung in Beziehung auf die Handlung ausgeschlossen war, *die Aufgabe des Richters* ist."

Demgemäss hat Westphal eines seiner berühmt gewordenen Gutachten dahin abgegeben:

„Es ist anzunehmen, dass der etc. Z. zur Zeit der Begehung der That sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befand."

Wir bemerken schliesslich, dass wir absichtlich davon absehen, uns darüber auszusprechen, „ob der Angeschuldigte sich in einem Zustande krankhafter Störung der Geistesthätigkeit befunden habe, durch welchen seine freie Willensbestimmung *ausgeschlossen* war", *da die Antwort auf die Frage in dieser Ausdehnung nicht mehr auf medizinischem Gebiete liegt.* Die Motive zu § 49 u. s. w.

Und in einem andern Gutachten schliesst er:

„Das thatsächliche Vorkommen einer derartigen krankhaften Störung der Geistesthätigkeit hat die Wissenschaft festgestellt, und wenn nunmehr der Nachweis ihres Bestehens bei dem M., soweit es die Thatsachen ermöglichen, geführt ist, so werden sich die daraus zu ziehenden *richterlichen Folgerungen* von selbst ergeben. Denn es unterliegt, wie das General-Auditoriat ganz übereinstimmend mit uns bemerkt, die Frage, ob eine sachverständigerseits anerkannte krankhafte Störung der Geistesthätigkeit in dem Momente der Thatbegehung in so hohem Grade existent gewesen sei, dass durch dieselbe die freie Willensbestimmung des Thäters ausgeschlossen wurde, als Thatfrage lediglich der freien Beurteilung des Spruchgerichts."

So weit Westphal. Leider folgen die heutigen Psychiater nicht mehr immer den Grundsätzen ihres Meisters, und sie können es wohl auch nicht immer, wegen der Fassung, welche die Gesetze vielfach in dieser Beziehung haben.

Die Redaktion der „Basler Nachrichten" fügte bei, dass sie den Ausführungen des Herrn Dr. *Meine* in allen Teilen beipflichte.

Die Verhandlungen

des

Schweizerischen Vereins für Straf- und Gefängniswesen.

Der Schweizerische Verein für Straf- und Gefängniswesen hielt am 27. und 28. September 1897 seine 20. Jahresversammlung in Bern und Witzwyl ab.

Am ersten Tage beriet der Verein über die Frage: *Warum wünschen wir die Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts?* Die Beratung wurde durch gedruckte Referate von Fürsprech Rudolf Kocher, alt Oberrichter, in Bern, und Dr. Eugène Borel, Advokat, in Neuenburg, gründlich vorbereitet. Die Berichterstatter führten beide den Grundgedanken durch, dass es sich zur Zeit nicht darum handle, ein Urteil über den Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch abzugeben, sondern darum, für die Verfassungsbestimmung einzutreten, welche die Gesetzgebungsgewalt auf dem Gebiete des Strafrechts dem Bunde überträgt. Der Verein für Straf- und Gefängniswesen hat vom Tage seiner Gründung an fort und fort für die Vereinheitlichung des Strafrechts gekämpft, so dass es beinahe überraschen musste, dass die Frage, die zur Beratung stand, überhaupt gestellt wurde. Der Vorstand wählte dieses Thema wohl, um die Vereinheitlichung des Strafrechts nicht in Vergessenheit geraten zu lassen und um durch seine Beratungen neuerdings auf die Bedeutung dieser Vereinheitlichung aufmerksam zu machen. Direktor Hürbin bedauerte, dass nur die Strafgesetzgebung, nicht auch der Strafvollzug vereinheitlicht werden soll, ein schweizerisches Strafgesetzbuch ohne einheitlichen Strafvollzug sei ein Haus ohne Dach. Da der Bundesrat die Vereinheitlichung des Strafvollzugs zur Zeit nicht als ausführbar betrachtet, so fügt sich Hürbin diesem Entscheide und begnügt sich damit, dass der Bund für Verbesserung des Strafvollzugs und für gefährdete und verwahrloste Kinder Beiträge bewilligt. Dr. Curti vermisst in dem Entwurf der Verfassungsbestimmung den Satz: Der Strafvollzug steht den Kantonen zu. Dieser Satz stand ursprünglich in dem Entwurf; er wurde gestrichen, weil er zu einem Zweifel Anlass geben könnte. Die Strafgesetzgebungsgewalt schliesst nämlich die Be-

fugnis in sich, Bestimmungen über den Strafvollzug zu erlassen, dagegen schliesst sie nicht die Befugnis in sich, die Strafen zu vollziehen. Würde den Kantonen ausdrücklich der Strafvollzug vorbehalten, so könnte die Ansicht aufgestellt werden, es stehe den Kantonen auch die Befugnis zu, den Vollzug der Freiheitsstrafen zu regeln, während die gegenwärtige Fassung mit keinem Worte den Gedanken erweckt, der Bund sei zum Vollzug der Freiheitsstrafen berufen, vielmehr wird die Mitwirkung des Bundes am Strafvollzug ausdrücklich auf Subventionen beschränkt.

Dr. Guillaume teilt mit, dass die Kriminalität im Kanton Bern im Rückgang begriffen sei, was er auf Verbesserungen im Strafvollzug zurückführt. Guillaume erwartet, dass die Vereinheitlichung des Strafrechts die Kriminalität ebenfalls günstig beeinflussen werde.

Der Verein beantwortete die ihm vorgelegte Frage mit folgenden Beschlüssen:

„1. Die seit der Gründung des Vereins im Jahr 1867 immer und immer wieder betonte Wünschbarkeit der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechtes wird auch heute entschieden bejaht. Die heutige kantonale Vielgestaltigkeit zeigt in der Praxis verschiedenartige Übelstände. Dieselbe führt zu schreienden Verletzungen des Rechtsgefühls, insbesondere zu groben Verstössen gegen den verfassungsmässigen Grundsatz der Gleichberechtigung der Schweizerbürger vor dem Gesetz. Solche Verletzungen haben eine üble Rückwirkung auf die Vollziehung der Strafe gegenüber dem Einzelnen, womit eine Zunahme der Verbrechen in innerem, kausalem Zusammenhange steht.

2. Die Vorlage des Bundesrates vom 28. November 1896 betreffend die Revision der Bundesverfassung zur Einführung der Rechtseinheit wird daher mit Freuden begrüsst, und den eidgenössischen Räten wird auf Grund der im Schosse unseres Vereins während vielen Jahren geltend gemachten praktischen Erfahrungen, den Strafvollzug betreffend, die Annahme derselben empfohlen. Der Verein wird auch seiner Zeit zu einer Volksabstimmung im nämlichen Sinne Stellung nehmen und nach Kräften für die Einführung der Strafrechtseinheit eintreten."

In der Strafanstalt Witzwyl wurde am folgenden Tage die Frage besprochen: *Was erwarten die Schutzaufsichtsvereine von der Vereinheitlichung des Strafrechts?* Der Referent, Pfarrer Kupferschmid in Zürich, sprach von der ideellen Förderung der Schutzaufsicht durch die Vereinheitlichung des Strafrechts. Dagegen verlangte der Korreferent, Gerichtspräsident und Professor E. Bize in Freiburg, dass die Schutzaufsichtsvereine in dem Strafgesetzentwurfe als mitwirkende Organe des Strafvollzuges anerkannt werden. Bize stellte folgende Thesen auf:

1. L'assemblée émet le vœu que ce soit la Société de patronage qui statue sur les mesures à prendre à l'égard des enfants âgés de moins de 14 ans abandonnés, corrompus ou en danger de l'être.

2. L'assemblée émet le vœu qne la Société de patronage doit donner son préavis sur toute libération provisoire.

3. L'assemblée émet le vœu que ce soit la Société de patronage qni prononce la libération du buveur d'habitude interné par jngement à l'asile des bnveurs.

4. L'assemblée émet le vœu que le libéré provisoire qui ne se conformera pas aux injonctions de la Société de patronage soit, à la demande de celle-ci, réintégré au pénitencier.

5. L'assemblée émet le vœn que le condamné an bénéfice du sursis d'exécution de peine soit placé sous la surveillance de la Société de patronage, qui ponrra demander l'exécntion du jugement lorsqu'il refnsera de se conformer à ses injonctions.

Sowohl Pfarrer Knpferschmid als die Direktoren Hürbin, Cnrti nnd Favre erklärten sich gegen die Vorschläge von Bize, da den Schutzaufsichtsvereinen ihre private Liebesthätigkeit gewahrt werden müsse; dagegen anerkannte Pfarrer Lardy in Neuenburg, dass Prof. Bize den Schutzanfsichtsvereinen eine ihrer würdige Stellnng zudenke, die freilich einstweilen kanm zu erringen sei. In der That verdient der Bericht von Bize dankbare Beachtung. Es wäre sehr wünschenswert, dass die Schutzaufsichtsvereine vom Staate als freiwillige Mitarbeiter anerkannt würden, aber es konnte dies im Entwnrfe schon deshalb nicht geschehen, weil der Bnnd nicht die Befugnis besitzt, private Vereine in den Dienst des Strafvollzugs zu stellen; das könnte er nur thun, wenn sich der Verein znr Mitwirknng erbietet. Da übrigens der Strafvollzng den Kantonen zustehen wird, so wird auch die Organisation der Schutzaufsicht kantonal sein müssen.

Der Bund konnte nur die Direktive aufstellen, es sollen bei der Fürsorge für bedingt Entlassene Personen beigezogen werden, die sich der Schutzaufsicht widmen. Der Verein für Straf- nnd Gefängniswesen traf daher wohl das Richtige, als er auf Antrag von Hürbin, Favre, Gnillaume nnd Schaffroth folgenden Beschluss fasste:

„Die interkantonale Vereinigung der schweizerischen Schntzaufsichtsvereine, am 28. September in der Strafanstalt Witzwyl versammelt, begrüsst lebhaft den Entwurf der Vereinheitlichung des schweizerischen Strafrechts. Sie spricht die Erwartung aus, dass das kommende eidgenössische Strafgesetzbuch eine Verständigung zwischen Staat und Schutzaufsichtsvereinen veraulassen und dass in dieser Weise die vereinigten Anstrengungen einen intensivern Erfolg für die Rehabilitation der Sträflinge und ihren Wiedereintritt in die bürgerliche Gesellschaft haben werden."

Die Mitglieder des Vereins lernten an der 20. Jahresversammlung die bernische Gefängnisreform ans eigener Anschaunng kennen, nachdem ihnen der Vorsitzende, Regierungsrat Joliat, die Grundzüge derselben dar-

gelegt hatte. Sehr eingehende Aufschlüsse finden sich in der schönen Schrift: „Die bernischen Straf- und Arbeitskolonien im Gebiete der obern Juragewässer-Korrektion“, Biel 1896, die Herr V. Kellerhals, der treffliche Verwalter von Witzwyl, im Auftrage der bernischen Polizeidirektion ausgearbeitet hat.

Witzwyl ist ein Bauernhof, auf dem etwa 90 meist erstmals bestrafte Zuchthaus- und Korrektionshaussträflinge wohnen. Nur die Zellen, in denen die Sträflinge die Nacht und die Ruhezeit einzeln zubringen, erinnern an eine Strafanstalt; sieht man die Leute auf dem Feld, in den Ställen, in den Scheunen, so glaubt man freie Menschen vor sich zu haben, die mit Lust und Liebe arbeiten. Herr Regierungsrat, nun Jurabahndirektor Stockmar darf stolz sein auf diese Schöpfung, die unter der vorzüglichen Leitung des Herrn Verwalters Kellerhals eine Musteranstalt geworden ist, die freilich nicht leicht nachgebildet werden kann. Den Juristen berührt es eigentümlich, dass die Grundsätze des bernischen Strafgesetzbuches in dem Strafvollzuge Witzwyls nicht wiederzuerkennen sind. Es beweist dies, dass das Gesetz mit der Praxis in Einklang gesetzt werden muss.

Der Anschauungsunterricht, den die bernischen Behörden dem schweizerischen Verein für Straf- und Gefängniswesen in Witzwyl geboten haben, war der grösste Gewinn der 20. Jahresversammlung.

Die Strafgesetzgebung des Bundes und der Kantone.

Jahresbericht für das Jahr 1896.

Législation fédérale et cantonale.

Rapport sur l'année 1896.

Erste Abteilung.

Zürich. Berichterstatter: Professor *Zürcher* in Zürich.

1. Das *Gesetz betreffend das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf geistiger Getränke*, vom 31. Mai 1896, schränkt die Konzessionierung neuer Wirtschaften durch Aufstellung der Bedürfnisfrage ein, verschärft die Polizeiaufsicht, regelt den Schutz des Wirtschaftspersonals u. s. w.

Mit Busse von Fr. 30—300 wird bestraft, wer, ohne im Besitze eines auf seinen Namen lautenden Patentes zu sein, wirtet. — Ebenso, wer die ihm durch das Patent erteilten Befugnisse überschreitet. Im Rückfall kann sofortige Schliessung der Wirtschaft verfügt werden (§ 75).

Wer in seiner Wirtschaft der Unsittlichkeit irgendwie Vorschub leistet, ist mit Busse von Fr. 100—500 zu belegen, sofern nicht strafrechtliche Überweisung wegen Kuppelei stattfindet; im Rückfalle ist der Finanzdirektion behufs Entzuges des Patentes Anzeige zu machen. — Derselben Strafe unterliegen Wirte, welche unerwachsenen Leuten in ihren Wirtschaften Unterschlauf geben (§ 76).

Anderweitige Übertretungen des Gesetzes oder der Verordnungen sind, sofern nicht das Strafgesetzbuch zur Anwendung kommt, mit Polizeibusse von Fr. 10—300 zu belegen.

2. Das *Gesetz betreffend den gewerbsmässigen Verkehr mit Wertpapieren*, vom 31. Mai 1896, macht den Versuch einer Börsenreform auf kantonalem Boden. Es verbietet Scheingeschäfte (§ 7), die Börsenagiotage (§ 8), den Handel mit Dividendencoupons, bevor die Dividende festgestellt ist, und den Ratenloshandel (§ 9), es schränkt den Terminhandel ein (§ 10) und wendet sich gegen den Börsenwucher (§ 11, entsprechend Art. 85 des schweizerischen Vorentwurfes).

Wer den Vorschriften des Gesetzes oder den in Ausführung desselben erlassenen Verordnungen und Reglementen zuwiderhandelt, wird

mit Polizeibusse bis auf Fr. 5000 bestraft. In schwereren Fällen kann mit der Busse Gefängnis und gegenüber Börsensensalen und Börsenagenten ausserdem vorübergehender oder gänzlicher Entzug der Bewilligung verbunden werden. Die Bestimmungen des Strafgesetzbuches bleiben vorbehalten (§ 42).

§ 34 normiert die Stempelsteuerstrafe.

3. An Verordnungen wurde zunächst in Ausführung des Konkordates vom 25. April 1870 erlassen eine neue *Verordnung betreffend die Einsammlung und Vertilgung der Maikäfer und Engerlinge*, vom 19. März 1896.

Die aufgehobene Verordnung vom 20. Februar 1885 hatte den Charakter der angedrohten Bussen, ob Ordnungsbusse oder Polizeibusse, unentschieden gelassen, die vorliegende Verordnung (§ 5) löst die Frage im letztern Sinne und gestattet damit die Umwandlung in Gefängnis bei Nichtbezahlung.

4. Eine umfangreiche (147 Paragraphen) neue *Verordnung betreffend die Feuerpolizei*, vom 1. Oktober 1896, berücksichtigt insbesondere auch die neuen, durch elektrische Anlagen herbeigeführten Gefahren.

Nach § 144 wird die Nichtbefolgung der Vorschriften mit Polizeibusse von Fr. 3—200 bestraft, „insofern nicht der Begriff der fahrlässigen Tötung, der fahrlässigen Körperverletznng, der Brandstiftung aus Fahrlässigkeit oder des Zuwiderhandelns gegen die Regeln der Baukunst (§ 205 St.-G.-B.) Anwendung findet".

5. Endlich sind zu dem Gesetze betreffend die öffentliche Gesundheitspflege und die Lebensmittelpolizei, vom 10. Dezember 1876, folgende Verordnungen erlassen worden:

Verordnung betreffend Hackfleisch und Hackfleischmaschinen, vom 27. August 1896.

Beschluss betreffend das Verbot chemischer Mittel zur Fleischkonservierung, vom 10. Dezember 1896.

Verordnung betreffend die Bezeichnung von Kaffeesurrogaten, vom 31. Dezember 1896.

Alle diese Verordnungen verweisen lediglich auf die Strafbestimmungen des Hauptgesetzes.

Bern. Berichterstatter: Kammerschreiber *W. Ernst* in Bern.

1. Durch *Beschluss vom 22. Januar 1896* hat der Regierungsrat, gestützt auf § 103, Ziff. 1, des Gewerbegesetzes vom 7. November 1849 und § 1, letztes Lemma, der Verordnung betr. die Bezeichnung und Klassifikation der Gewerbe, für welche Bau- nnd Einrichtungsbewilligungen erforderlich sind, vom 27. Mai 1859, sämtliche Anlagen zur Aufstellung und zum Betriebe von *Petrolmotoren* (in Anwendung der Ziff. 2, litt. *a*, und der Ziff. 3, litt. *c*, *e*, *g* und *h*, des Gewerbegesetzes) den Bestim-

mungen der citierten Verordnung vom 27. Mai 1859 unterstellt, und zwar unter Einreihung in das Verzeichnis § 1, litt. *B*.

Die bezüglichen Strafbestimmungen sind im Gewerbegesetz vom 7. November 1849 (§§ 95 u. ff.) enthalten.

2. *Verordnung betreffend Mass und Gewicht im Handel mit Brennmaterialien, vom 1. April 1896.*

Dieselbe bildet eine Revision der Art. 8—11 der in Ausführung des Art. 21, Al. 2, des Bundesgesetzes über Mass und Gewicht vom 3. Juli 1875 erlassenen Verordnung über die Masse und Gewichte im Verkauf der wichtigsten Lebensmittel und Brennmaterialien vom 20. Dezember 1876.

Sie enthält die Mass-, bezw. Gewichtsbestimmungen für den Handel mit Brennholz (Spälten, Rundholz, Knebel, Stöcke, Scheiterholz), Wedelen, Reisbündeln, Torf, Steinkohlen, Holzkohlen, Coaks, Anthracit-Kohlen, Briquettes und ähnlichen Brennmaterialien. Die Strafbestimmungen (Art. 8) stimmen mit denjenigen der citierten Verordnung vom 20. Dezember 1876 (Art. 13) überein. Die konfiszierten Waren fallen nicht wie nach der Verordnung vom 20. Dezember 1876 nach Abzug der Kosten für die Nachschau, sondern nach Abzug eventueller *Gerichtskosten* den Armen derjenigen Gemeinde zu, in welcher die Konfiskation stattfand. (Art. 9.)

3. Durch *Beschluss vom 6. Mai 1896* hat der Regierungsrat den *Art. 16 des Reglements für die Kutscher des Oberlandes, vom 29. April 1882*, folgendermassen ergänzt:

„Das Anwerben von Fremden auf öffentlichen Plätzen, Strassen, Promenaden, *Landungsplätzen*, Dampfschiffen und Eisenbahnen durch Kutscher oder zu ihren Gunsten ist verboten."

Die bezüglichen Strafbestimmungen sind in Art. 21 und 22 des citierten Reglementes enthalten.

4. Durch Beschluss vom *20. Mai 1896* hat der Grosse Rat den *§ 1 des Gesetzes vom 26. Februar 1893 über die Ausübung der Fischerei authentisch* dahin *interpretiert*, dass als „Aare" und damit als unter jene Gesetzesbestimmung fallendes Gewässer (betreffend die Strecke von Aarberg — Rappenfluh — weg) der *neue* Wasserlauf derselben nach dem Bielersee und von da weg nach Büren zu verstehen sei, wogegen die genannte Gesetzesbestimmung nicht Anwendung finde auf die teilweise noch bestehenden Wasserläufe der alten Aare von Aarberg bis Meienried und von Meienried bis Büren.

Veranlasst wurde diese authentische Interpretation durch die Zweifel, welche nach der Veränderung des Flussbettes der Aare infolge der Juragewässerkorrektion hinsichtlich der Berechtigung zum Fischfang in der sogenannten alten Aare entstanden waren. Die Praxis der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes ging vor der authentischen Interpretation dahin, als „Aare" im Sinne des § 1, litt. *a*, des kantonalen Fischereigesetzes vom 26. Februar 1833 sei auch die sogenannte alte Aare anzusehen.

(Vgl. Urteil vom 20. November 1895 in Sachen Albrecht Nydegger und Mithafte, Monatsblatt für bernische Rechtsprechung, Bd. XII, pag. 404 ff.)

5. *Am 20. Mai 1896* hat der Grosse Rat *in authentischer Interpretation des § 3, I a, des Stempelgesetzes vom 2. Mai 1880* beschlossen, unter den in der citierten Gesetzesvorschrift vom Wertstempel ausgenommenen und dem Formatstempel unterworfenen Schuldverschreibungen mit Hypothek seien nur solche Pfandgeschäfte zu verstehen, die in Gemässheit der bernischen Civilgesetze errichtet werden. Den Anlass zu dieser authentischen Interpretation gab ein Specialfall, in welchem eine Eisenbahngesellschaft für ihre nach Mitgabe des Bundesgesetzes über die Verpfändung und Zwangsliquidation der Eisenbahnen auf dem Gebiete der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 24. Brachmonat 1874 errichteten Obligationen, gestützt auf § 3, I *a*, des Stempelgesetzes, die Anwendung des Formatstempels (statt des Wertstempels) beansprucht hatte.

6. *Gesetz betreffend Förderung und Veredlung der Pferde-, Rindvieh- und Kleinviehzucht, vom 25. Oktober 1896.*

Dasselbe bildet eine Revision des Gesetzes zur Veredlung der Pferde- und Rindviehzucht, vom 21. Juli 1872, und der zudienenden Vollziehungsverordnung vom 21. November 1876.

Die Strafbestimmungen sind in § 49 enthalten.

Widerhandlungen gegen den neu aufgenommenen, die *Kleinviehzucht* betreffenden § 36 (Ziff. 1—5) werden mit einer Busse im Betrag der Prämie, solche gegen die Ziffern 6 und 7 dieses Paragraphen mit einer Busse von Fr. 100 bestraft.

(§ 36 lautet:

„Die Aussteller haben sich folgenden Vorschriften zu unterziehen:

1. Die prämiierten Tiere sind während der Zeitdauer, welche durch die daherigen Vorschriften des Bundes bestimmt ist, zur öffentlichen Zucht zu verwenden und müssen an einer der nächstjährigen Schauen zur Kontrolle wieder vorgeführt werden.
2. Zum drittenmal prämiierte Ziegenböcke können nach sechs Monaten verkauft werden.
3. Ziegen können ebenfalls sechs Monate nach der Prämiierung verkauft werden, jedoch nur unter Zurückerstattung der einfachen Prämie.
4. Eber und Mutterschweine müssen bei der ersten Prämiierung markiert werden.
5. Drei Jahre alte Eber können sechs Monate nach der Prämiierung veräussert werden.
6. Aussteller, welche Vieh- oder Pferdeprämien beziehen, sind von der Ziegenausstellung ausgeschlossen.
7. Unabgeteilte Kinder und dritte Personen [Scheinhändel] sind von der Konkurrenz der Ziegenausstellung ebenfalls ausgeschlossen.")

Die Bussandrohung für Widerhandlungen gegen den dem § 12 des Gesetzes vom 21. Juli 1872 entsprechenden § 17 (Verbot der Verwendung von Stieren, die nicht prämiiert oder als zuchttüchtig anerkannt worden sind, zur öffentlichen Zucht) wurde erhöht von Fr. 9—15 (§ 18, al. 3, des Gesetzes vom 21. Juli 1872) auf Fr. 15—30.

Eine Strafsanktion für Widerhandlungen gegen die §§ 9 und 10, lautend:

„§ 9. Zur öffentlichen Zucht dürfen nur prämiierte Hengste und solche, welche vom Bund dem Kanton zur Verfügung gestellt werden, Verwendung finden.

§ 10. Eigentümer nicht prämiierter Hengste dürfen dieselben nur zur Zucht für ihre eigenen Stuten benutzen",
enthält das Gesetz nicht. (Vgl. dagegen § 18, al. 2, des Gesetzes vom 21. Juli 1872.)

7. *Vollziehungsverordnung zum Gesetz über den Marktverkehr und den Gewerbebetrieb im Umherziehen, vom 13. November 1896.*

Die Strafbestimmungen (Art. 21 ff.) stimmen mit denjenigen der durch regierungsrätliche Beschlüsse vom 22. März 1879, 9. Mai 1885 und 28. März 1893 revidierten Vollziehungsverordnung vom 26. Juni 1878, an deren Stelle sie tritt, überein.

Eine Strafsanktion für die Widerhandlung gegen Art. 15 (lautend:

„Personen beider Geschlechter, welche nicht zur nämlichen Familie gehören [Ehegatten, Eltern und Kinder, Geschwister], ist das gemeinschaftliche Umherziehen als Hausierer untersagt")
enthält das Gesetz nicht.

(Vgl. Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes vom 21. August 1897 in Sachen Emil Baumann.)

8. *Dekret betreffend Abtrennung der Zwangserziehungsanstalt zu Trachselwald von der Strafanstalt zu Thorberg, vom 20. Novbr. 1896.*

Dasselbe verleiht der durch Dekret vom 19. November 1891 errichteten Enthaltungsanstalt für bösgeartete junge Leute und jugendliche Verbrecher in Trachselwald den Namen *Zwangserziehungsanstalt*, unter Abtrennung ihrer Verwaltung von derjenigen der Strafanstalt Thorberg.

Luzern. Berichterstatter: Dr. *Edmund von Schumacher*, Regierungsrat und Justizdirektor in Luzern.

Der einzige gesetzgeberische Erlass mit Strafbestimmungen ist das Gesetz vom 2. Dezember 1896 betreffend Abänderung der Bestimmungen über die Stempelpflicht. Durch dieses Gesetz wurde an Stelle des Formatstempels für Aktien, Obligationen, Coupons, Wechsel der Wertstempel eingeführt.

Hervorzuheben sind:

§ 4. „Übertretungen der Vorschriften über die Stempelpflicht werden mit einer Busse bestraft, welche das Zwanzigfache der vorenthaltenen Stempelgebühr beträgt; neben dieser Busse ist der einfache Stempelbetrag nachzuleisten. Unkenntnis der Vorschriften über die Stempelpflicht hebt die Strafbarkeit nicht auf.

Behörden und Beamte, die ein ungestempeltes, jedoch stempelpflichtiges Aktenstück entgegennehmen, sind bei eigener Verantwortlichkeit verpflichtet, den Abgeber desselben zur Abstempelung zu verhalten. Bestreitet der Abgeber die Stempelpflichtigkeit des Aktes, so ist die Streitsache dem Regierungsrate zum Entscheide zu überweisen; weigert sich jener, den Stempelersatz zu leisten, so ist er dem zuständigen Statthalteramt zur Ausfällung der Stempelbusse zu verzeigen.

Für den Betrag der Stempelgebühr und der Busse ist dem Abgeber des Aktes das Rückgriffsrecht auf den Aussteller desselben gewahrt.

Beamte, welche obigen Vorschriften nicht nachkommen, sind strafbar wegen vorsätzlicher oder fahrlässiger Amtspflichtverletzung."

§ 5. „Die Bestimmungen des § 4 finden Anwendung auf alle Fälle von Übertretung der Vorschriften über die Stempelpflicht, auch soweit sie nicht durch das gegenwärtige Gesetz aufgestellt sind."

Strafbestimmungen enthält auch die vom Regierungsrate den 28. November 1896 erlassene Verordnung betreffend Schiessvereine, Schiessplätze und Schiessübungen; § 41: „Die Übertretung der Bestimmungen dieser Verordnung wird nach den Vorschriften der §§ 36 u. ff. des Polizeistrafgesetzes bestraft, sofern die betreffende Handlung oder Unterlassung sich nicht zu einem schwereren Vergehen oder Verbrechen qualifiziert."

Uri. Berichterstatter: Dr. *Franz Muheim* in Altdorf.

Ausgenommen die Reproduktion von Bestimmungen betreffend Fastnachtlitteratur, Marktpolizei, Verbot des Offenhaltens von Wirtschaften während des sonn- und feiertäglichen Hauptgottesdienstes etc. sind im Jahre **1896** in strafrechtlicher Hinsicht weder Gesetze oder Verordnungen erlassen, noch Motionen gestellt worden.

Unterwalden nid dem Wald. Berichterstatter: Regierungsrat *A. Flueler* in Stans.

Im Jahre 1896 sind folgende Strafbestimmungen hierseits erlassen worden:

1. *Anordnungen des Regierungsrates zur Schonung und Erhaltung der Alpwaldungen.*

„Zuwiderhandelnde werden nach Massgabe von § 54, litt. *b*, der kantonalen Vollziehungsverordnung zum eidgenössischen Forstpolizeigesetz bestraft." Amtsblatt, Fol. 129.

2. *Verordnung betreffend die Hebung der Viehzucht.*

§ 25. „Wenn ein Aussteller in Bezug auf znr Schau vorgeführte Tiere sich unwahrer Angaben oder unerlaubter Kunstgriffe zur Verdeckung eines Körper- oder Farbefehlers etc. bedient, so wird er beim Regierungsrate zu angemessener Bestrafung verzeigt."

§ 26. „Wer Zuchtstiere irgend welcher Gattung zum Züchten verwendet oder unverschnitten auf Alpen oder andere Weiden treibt, ohne die in dieser Verordnung vorgesehenen Bestimmungen erfüllt zu haben, verfällt in eine Geldbusse von 10—100 Franken. Die Hälfte kommt dem Kläger zu."

Zug. Berichterstatter: Dr. *Cl. Iten,* Advokat in Zug.

1. *Vollziehungs-Bestimmungen zur Verordnung betreffend Verkauf von Arzneimitteln und Giften,* vom 25. November 1896.

§ 3. „Bei Übertretung dieser Verordnung kommen die Strafen des Gesetzes über das Gesundheitswesen vom 3. Februar 1879 zur Anwendnng."

2. *Gesetz betreffend das Verfahren bei Wahlen und Abstimmungen,* vom 21. September 1896.

§ 80. „Stimmfähige, welche Ruhe und Ordnung in der Versammlung stören, oder solche, welche, ohne stimmberechtigt zu sein, in der Versammlung erscheinen, wird der Gemeinderat innert der ihm angewiesenen Strafkompetenzen büssen (§§ 43, 73 und 81 des Gemeindegesetzes).

In erschwerenden Fällen, oder wenn Wahleinschüchterungen und Wahlbestechungen vorfallen, ist er gehalten, einen Voruntersuch einzuleiten und denselben auf Grund des § 17 der Kantonsverfassung der Regierung einzugeben."

§ 81. „Übertretung dieses Gesetzes und Missachtung allfällig weiterer auf Grund desselben von der Regierung gegebener Entscheide oder Beschlüsse, welche von Amtspersonen oder Wahlbehörden ausgehen, werden als qualifizierte Amtsvergehen angesehen und sollen nach den in den §§ 52 und 53 festgesetzten Bestimmungen des Strafgesetzes vom 21. Februar 1877 gebüsst werden."

Appenzell A.-Rh. Berichterstatter: Obergerichtsschreiber *Hohl* in Trogen.

1. *Verordnung betreffend die Fischerei,* vom 12. Mai 1896.

Die Strafbestimmungen sind in den §§ 26 und 27 aufgeführt. Bussen nach § 31 des Bundesgesetzes vom 21. Dezember 1888 Fr. 5 bis 1000. Von den eingehenden Bussen fällt ein Drittel dem Verzeiger

zu; im Nichtbezahlungsfalle wird diesem aus der Staatskasse eine Prämie bis auf den Betrag von Fr. 15 bezahlt.

2. *Reglement betreffend die Verwendung von Hunden als Zugtiere.*

Die Strafbestimmungen sind in den §§ 13 und 14 enthalten. Die Bestrafung für Nichtbeachtung der Vorschriften erfolgt nach § 60, eventuell 170 des Strafgesetzbuches. Bei wiederholten Ausschreitungen kann Entzug der Bewilligung (zur Verwendung der Hunde als Zugtiere) verfügt werden.

Appenzell I.-Rh. Berichterstatter: *J. B. E. Neff*, Kantonsgerichtsaktuar in Appenzell.

Im Berichtsjahr sind keinerlei Erlasse strafrechtlicher Natur aufgestellt worden. Das im Entwurfe liegende kantonale Strafrecht wird voraussichtlich im nächsten Jahr der Landsgemeinde unterbreitet werden.

St. Gallen. Berichterstatter: Kantonsrichter Dr. *Jæger* in St. Gallen.

Im Jahre 1896 ist nur ein einziger gesetzgeberischer Akt strafrechtlicher Natur zu notieren.

Im *Gesetz betreffend den Zinsfuss für Hypothekarschulden*, vom 28. Juni 1896, das als formulierte Initiative vor die Volksabstimmung gebracht und mit Mehrheit angenommen wurde, ist der Maximalzinsfuss für Hypothekardarleihen von 5 % auf 4 % herabgesetzt worden, und es bestimmt der Art. 2 dieses Gesetzes, dass, „wer sich in irgend einer Form einen höheren Zinsfuss (als 4 %) versprechen lässt oder thatsächlich bezieht, wegen *Wucher* in eine Geldstrafe von Fr. 200—3000 verfällt. Mit dieser Geldstrafe kann in schwereren Fällen oder bei gewerbsmässigem Betriebe des Wuchers eine Gefängnisstrafe bis auf 1 Jahr verbunden werden".

Diese Strafbestimmung ist im Jahre 1896 noch in keinem Falle zur Anwendung gekommen.

Thurgau. Berichterstatter: Obergerichtspräsident Dr. *Fehr* in Frauenfeld.

Unterm 9. Februar 1896 hat das Volk das *Gesetz gegen Missbräuche bei der Veräusserung von Liegenschaften* angenommen. Dasselbe bestimmt in § 5:

„Übertretungen der in den §§ 2 und 3 aufgestellten Vorschriften durch *Beamte* sind vom Bezirksrat unter Vorbehalt des Rekurses an den Regierungsrat disciplinarisch zu ahnden, in *schweren Fällen* wegen *Amtspflichtverletzung* oder *Amtsmissbrauch* an den Strafrichter zu überweisen.“

Die erwähnten §§ 2 und 3 lauten folgendermassen:

§ 2. „Bei Handänderungsverträgen über Liegenschaften sind alle Vereinbarungen unstatthaft und unverbindlich, durch welche festgesetzt wird:

a. dass der Verkäufer für einen bestimmten Erlös aus der veräusserten Liegenschaft oder aus einzelnen Teilen derselben Garantie leiste, oder
b. dass sich der Veräusserer gefallen lassen müsse, auf den beim Wiederverkauf sich ergebenden Erlös für seine Forderung ganz oder teilweise verwiesen zu werden, oder
c. dass der Veräusserer die Liegenschaft oder einzelne Teile derselben unter gewissen Bedingungen zu einem bestimmten Preis wieder zu übernehmen habe.

Verträge, welche solche Bestimmungen enthalten, dürfen nicht gefertigt werden.“

§ 3. „Bei der öffentlichen Versteigerung von Liegenschaften sind zuerst die Versteigerungsbedingungen den Anwesenden durch Verlesung zur Kenntnis zu bringen. In die Gantbedingungen darf aufgenommen werden, dass, falls die Angebote eines ersten Versteigerungsverfahrens den Verkäufer nicht befriedigen, er die Anordnung einer zweiten öffentlichen Versteigerung (Nachschlagsgant) verlangen könne und dass die Bieter der ersten Versteigerung bis Schluss der zweiten Versteigerung bei ihren Angeboten behaftet bleiben. Dieselbe soll frühestens zwei, spätestens zehn Tage nach der ersten Versteigerung stattfinden. Mehr als zwei Versteigerungen mit je höchstens zwei Rüfen dürfen nicht abgehalten werden.

Die Zusage darf in jedem Fall nur auf Grund eines während einer öffentlichen Versteigerung gemachten öffentlichen Angebotes geschehen. Nach Schluss der öffentlichen Gant gemachte Angebote (Nachgebote) dürfen nicht mehr in den Gantrodel aufgenommen werden.

Die Anstellung von Personen zu dem Zwecke, durch Beteiligung beim Bieten den Preis der Gantobjekte im Interesse des Verkäufers in die Höhe zu treiben, sowie die schenkweise Verabfolgung von Speise oder Trank vor, während oder nach der Gant ist verboten. Die Gantverhandlungen dürfen nicht über abends 9 Uhr ausgedehnt werden.

Die Fertigung darf frühestens acht Tage nach Abschluss des Vertrages, resp. dem Gantakt, stattfinden.

Jeder Rechtsakt, der gegen eine der in diesen Paragraphen aufgestellten Bestimmungen verstösst, ist von den Kontrahenten anfechtbar bis 30 Tage nach Kenntnisnahme von der Übertretung, jedoch spätestens bis zur Fertigung.“

Unterm 10. März 1896 hat der Grosse Rat eine *Verordnung betreffend das Radfahren* aufgestellt. § 10 sagt, dass Übertretungen dieser Verordnnng nach den Bestimmungen der §§ 66 und 67 des Strassengesetzes bestraft werden.

Vaud. Rapporteur: M. le professeur Dr *G. Favey* à Lausanne.

En dehors de la loi du 20 novembre 1896, modifiant le Code pénal en ce qni concerne les délits contre les mœurs, les dispositions suivantes ont été promnlgnées dans le canton:

1° *Loi du 27 août 1896, modifiant les articles 28 et 32 de la loi du 18 mai 1876 sur les attributions et la compétence des autorités communales.* La loi de 1876 autorise les municipalités à prononcer des amendes jusqu'à 12 frs. pour contraventions aux règlements de police et aux autres dispositions légales soumises à leur compétence. Dans les communes populeuses, l'obligation de faire statuer sur ces contraventions par la municipalité en corps entraînait des longueurs et des difficultés. Aussi, la loi de 1896 a-t-elle permis aux municipalités des communes de plus de 3000 âmes de déléguer leur compétence à un de leurs membres ou à une section de trois membres. Dans les communes de plus de 5000 âmes, la compétence peut même être déléguée à un officier de police; si le contrevenant n'admet pas le prononcé de ce fonctionnaire, la qnestion est soumise à la section de police. La loi de 1876 ne renfermait aucune disposition snr la récidive; la loi de 1896 a permis de punir jusqu'à 18 frs. la récidive d'une contravention du même genre commise dans le délai de 12 mois dès la première condamnation.

2° *Loi du 19 novembre 1896 sur la police de sûreté.* Cette loi ne fait qne remplacer une loi plus ancienne de 1884. Les agents de la police de sûreté sont placés sous l'antorité directe du Département de jnstice et police et sont assimilés anx autres officiers de la police judiciaire; à ce titre, ils sont autorisés en cas d'urgence à procéder à l'arrestation de délinquants, à charge de les remettre dans les 12 heures au magistrat compétent; ils ont le droit de pénétrer même de nuit dans les établissements ouverts au pnblic pour y rechercher des individus signalés ou présumés auteurs d'un délit.

3° *Arrêté du 1er décembre 1896 sur la colonie de femmes à Rolle.* Une loi du 21 janvier 1875 a introduit la peine de l'internement dans une maison de travail pour les condamnés pour vagabondage, mendicité et violation des devoirs de famille; deux établissements pour hommes existent depuis longtemps déjà, mais il n'en existait pas pour les femmes, et, à plusieurs reprises, le Grand Conseil avait réclamé cette création. Enfin, le Conseil d'Etat a acheté une propriété qui paraissait appropriée à un établissement de ce genre, et l'arrêté du 1er décembre, rendu en-

suite de pleins pouvoirs accordés au Conseil d'Etat, a prescrit les mesures d'exécution nécessaires. La colonie de Rollo reçoit les condamnées pour vagabondage, mendicité, abandon de famille et raccrochage en vue de prostitution; les condamnées sont astreintes au régime cellulaire et à l'obligation du travail en silence; les repas se prennent en commun; les détenues reçoivent un pécule. L'arrêté prévoit un certain nombre de peines disciplinaires prononcées par la Direction ou par le Département de justice et police: suppression du pécule, exclusion de la vie en commun, privation de nourriture, réclusion en geôle.

4° *Décret du 26 août 1896 concernant la construction d'une prison centrale cellulaire.* Les condamnations à la peine de l'emprisonnement pour plus de 15 jours étaient subies autrefois au château de Chillon, dont certains locaux avaient été aménagés dans ce but; ces locaux ayant été désaffectés, il convenait de mettre fin au provisoire; le Grand Conseil a voté les crédits nécessaires pour construire une prison centrale dans la plaine de l'Orbe.

5° *Loi du 21 novembre 1896 sur l'apprentissage.* Le besoin s'est fait sentir de régler législativement le contrat d'apprentissage; la loi prévoit les devoirs du patron et ceux des apprentis; les contraventions aux prescriptions légales sont réprimées par des amendes jusqu'à 200 frs., prononcées par les commissions d'apprentissage.

6° *Arrêté du 3 mars 1896 ordonnant la surveillance des chaudières et appareils à vapeur.* Cet arrêté complète des dispositions déjà existantes sur les machines agricoles et prévoit diverses mesures de sécurité; les contraventions sont réprimées par des amendes de 5 à 500 frs., prononcées par le préfet.

7° *Arrêté du 27 novembre 1896 concernant l'hygiène dans les écoles publiques et dans les écoles privées.* Cet arrêté prévoit des mesures préventives contre la propagation de maladies contagieuses dans les écoles et impose diverses obligations aux parents; les contraventions sont réprimées par les dispositions de la loi sanitaire.

8° *Arrêté du 19 mai 1896 concernant les chiens de chasse, dits chiens courants.* Cet arrêté a pour but d'empêcher la divagation des chiens de chasse en dehors de l'époque de la chasse, et prescrit aux chasseurs de tenir leurs chiens enfermés ou en laisse, ou de les munir d'entraves; les contrevenants sont punis par une amende de 20 frs.

9° *Arrêté du 6 mars 1896 autorisant les municipalités à rendre obligatoire la destruction du ver de la vigne.* Les ravages considérables causés dans le vignoble par le ver de la vigne ont engagé le Conseil d'Etat à permettre aux municipalités d'ordonner aux propriétaires de prendre les mesures nécessaires pour détruire ce parasite; les négligences et l'inobservation des mesures prescrites entraînent des amendes de 5 à 90 frs.

Neuchâtel. Rapporteur: M. le docteur *F.-H. Mentha*, professeur de droit pénal, à Neuchâtel.

Nous avons à signaler, comme modifications et compléments de la législation pénale neuchâteloise, pendant l'année 1896, les Actes suivants:

1° La *Loi sur la protection des ouvrières*, du 19 mai 1896, dont la sollicitude s'étend au personnel féminin employé soit dans les établissements et ateliers qui ne sont pas soumis à la loi fédérale sur le travail dans les fabriques, soit dans les magasins, boutiques, comptoirs, hôtels, auberges, cercles, restaurants ou brasseries. Cette loi fixe l'âge minimum que doivent avoir les jeunes filles employées, limite la durée du travail effectif quotidien, assure un repos de nuit continu, et, selon les cas, le repos total ou partiel du dimanche.

Sanction pénale: *Art. 22. Toute personne qui contreviendra aux dispositions de la présente loi, ainsi qu'aux règlements et arrêtés qui pourront être promulgués pour en assurer l'exécution, sera punie d'une amende de cinq à vingt francs.*

L'amende sera appliquée autant de fois qu'il y a eu de personnes employées dans des conditions contraires à la loi, sans que son chiffre puisse excéder 500 francs. En cas de récidive, l'amende pourra être doublée.

2° Le *Règlement concernant l'exploitation des mines d'asphalte du Val-de-Travers,* du 27 novembre 1896. Ce règlement, d'une nature purement technique, prévoit, à l'*article 18,* une amende de 100 à 1000 francs pour les contraventions.

3° Le *Décret sur une modification de l'article 51 de la loi sur l'organisation judiciaire,* du 20 novembre 1896. La loi sur l'organisation judiciaire de 1874 avait confié les enquêtes pénales à un seul juge d'instruction, auquel elle adjoignait deux substituts; et la loi du 23 novembre 1882 avait supprimé l'un de ces substituts. Le décret de 1896 a supprimé la hiérarchie, plus théorique que pratique, établie entre ces deux fonctionnaires, dont il fait deux juges d'instruction égaux, l'un pour les districts de Neuchâtel, Boudry, Val-de-Travers et Val-de-Ruz, l'autre pour les districts du Locle et de la Chaux-de-Fonds, avec obligation de se suppléer l'un l'autre toutes les fois que cela est nécessaire.

4° L'*Arrêté interdisant la chasse du cerf dans le canton,* du 13 novembre 1896. Un cerf ayant été aperçu dans les forêts de la montagne de Boudry et signalé à la bienveillance du Conseil d'Etat, celui-ci, faisant application de l'article 11 de la loi sur la chasse, qui lui donne le droit d'interdire, par des arrêtés spéciaux et pour un temps limité, la chasse de certaines espèces de gibier, s'empressa d'interdire la chasse du cerf sur tout le territoire du canton, sous peine d'une amende de 300 francs, et cela sans limiter la durée de cette interdiction.

Litteratur-Anzeigen. — Bibliographie.

Dr. Justus Olshausen, *Reichsgerichtsrat. Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. Fünfte umgearbeitete Auflage. Drei Lieferungen. Bogen 1—70. Berlin 1897. Franz Wahlen.*

Der Kommentar des deutschen Reichsstrafgesetzbuches von *Olshausen* hat sich von Auflage zu Auflage in der Litteratur des deutschen Strafrechtes grösseres Ansehen erworben. Für denjenigen, der die Rechtsprechung vollständig übersehen will, und der in jede Einzelheit des grossen Gesetzesstoffes einzudringen wünscht, erweist sich der Kommentar Olshausens als der unentbehrliche und berufene Führer. Dass Olshausen als Mitglied des deutschen Reichsgerichtes mit der Rechtsprechung des obersten Gerichtshofes wie nicht bald ein anderer vertraut ist, sichert dem Werk besondere Vorzüge. Mit einem Wort, das Werk Olshausens nimmt unter den Kommentaren des deutschen Strafgesetzbuches unbestritten die erste Stelle ein.

Dr. Reinhard Frank, *Professor der Rechte in Giessen. Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Leipzig, C. L. Hirschfeld, 1897. 474 Seiten.*

Der Kommentar Reinhard Franks verarbeitet den Stoff des deutschen Reichsstrafgesetzbuches streng methodisch und in sehr übersichtlicher Darstellung. Der Verfasser begnügt sich nicht damit, die Ansichten anderer zusammenzustellen, er begründet gleichzeitig seine eigene Ansicht. Es ist Frank gelungen, seinem Kommentar einen beschränkten Umfang zu geben, ohne dass die knappe Behandlung Unvollständigkeit nach sich ziehen würde. Der schweizerische Jurist, der sich rasch und sicher über den Stand des deutschen Reichsstrafrechtes in einer Frage zu orientieren wünscht, wird in einer Textausgabe mit Anmerkungen zu wenig finden, während ein grosser Kommentar, wie derjenige Olshausens, ihm vielleicht nur zu viel Einzelheiten bietet. Franks Kommentar hält glücklich die Mitte zwischen den beiden Behandlungsarten. Er wird daher mit dem ausgezeichneten Kommentar Olshausens nicht in Konkurrenz treten, aber neben ihm seine Stelle ausfüllen und behaupten.

Dr. jur. **Alfred Simon.** *Der gewerbliche Rechtsschutz in der Schweiz. Sammlung der Gesetze und Verträge betreffend den Schutz der Erfindungspatente, der Fabrik- und Handelsmarken und der gewerblichen Muster und Modelle. Berlin, Carl Heymann, 1897.*

Dr. Alfred Simon hat sich schon in seiner Dissertation mit einem Zweig des gewerblichen Rechtsschutzes beschäftigt, nämlich mit dem Patentschutz (1891). Er behandelte später (1894) die Concurrence déloyale; seine Arbeit wurde von dem schweizerischen Juristenverein mit dem zweiten Preise gekrönt. Sie fand namentlich auch in gewerblichen Kreisen Deutschlands Beachtung. Eine französische Übersetzung machte sie auch in Frankreich bekannt.

Alfred Simon ist also ein berufener Herausgeber der Quellen des gewerblichen Rechtsschutzes in der Schweiz. Er bietet nicht eine blosse Textausgabe, sondern einen ziemlich eingehenden Kommentar. Die Litteratur ist sorgfältig zusammengestellt. Jedem Abschnitt geht eine geschichtliche Einleitung voraus.

Die Darstellung ist einfach, die Anordnung passend. Doch möchte es sich empfehlen, sowohl die Darstellung als die Anordnung anlässlich einer zweiten Auflage genau durchzusehen.

Die Einteilung (I. Gesetze und Verordnungen, II. Unlauterer Wettbewerb, III. Verträge) ist nicht unbedenklich, denn für I und III ist die Form der Quelle Einteilungsgrund, für II der Gegenstand. Die Anordnung selbst ist zweckmässig; nur die Titel sind verfehlt.

Bei Behandlung des unlautern Wettbewerbs citiert Simon die Bestimmung des schweizerischen Strafgesetzentwurfes über unehrliche Konkurrenz, er citiert aber den Artikel leider nicht in der Fassung des letzten Entwurfes. So kommt es, dass die unterstrichenen Worte bei Simon fehlen:

Art. 80. Wer durch arglistige Kniffe, schwindelhafte Angaben, böswillige Verdächtigungen oder durch andere unehrliche Mittel die Kundschaft eines Geschäftes *aus Eigennutz von demselben* abzuleiten sucht, wird *auf Antrag* mit Gefängnis oder *mit* Geldstrafe bis zu 10,000 Franken bestraft. Die beiden Strafen können verbunden werden.

Was Simon in der Note 34 zu Art. 18 des Bundesgesetzes betreffend die gewerblichen Muster und Modelle bemerkt (S. 80 und 81), ist kaum richtig. *Art. 18* bestimmt:

Gemäss den nachstehenden Bestimmungen kann auf dem Wege des Civil- oder Strafprozesses belangt werden:

1. Wer ein hinterlegtes Muster oder Modell wissentlich nachmacht oder ein solches in unerlaubter Weise nachahmt.

Sodann bestimmt Art. 20 a. E.:

Bloss fahrlässige Übertretung wird nicht bestraft; die Civilentschädigung bleibt indessen in den in Art. 18, Ziffer 1, erwähnten Fällen vorbehalten.

Simon nimmt an, das Wort „wissentlich“ sei in Art. 18 „nicht im absoluten Sinne“ auszulegen, es umfasse auch den Fall, „wo der Nachahmer unter Anwendung des gewöhnlichen Masses von Sorgfalt hätte wissen sollen, dass das von ihm nachgeahmte Muster oder Modell mög-

licherweise Privateigentum sein könnte". Er beruft sich dafür auf den Jahrgang 1889 der Zeitschrift „Propriété industrielle", Seite 1, der mir nicht vorliegt. Nun unterscheidet Art. 18 zwischen wissentlichem Nachmachen und unerlaubtem Nachahmen. In subjektiver Beziehung ist also für das Nachmachen Wissen vorausgesetzt, für das Nachahmen ist nur Rechtswidrigkeit der Handlung vorausgesetzt, wenn nicht etwa das wissentlich auch auf Nachahmen zu beziehen ist, wofür der französische Text spricht.

Simon beruft sich für seine Annahme insbesondere auf Art. 20. Gerade aus Art. 20 ergiebt sich aber, dass nur *vorsätzliches* Handeln strafbar ist, indem ausdrücklich das bloss fahrlässige Handeln als straflos erklärt wird.

Der Fall, den Simon in die Bestimmung des Art. 18, Ziffer 1, einbeziehen möchte, ist ein Fall der Fahrlässigkeit. Es geht nicht an, die Strafbarkeit weiter auszudehnen, als sie vom Gesetze festgestellt ist. Es liegt kein Grund vor, dem Wort „wissentlich" einen andern als den gewöhnlichen Sinn beizulegen.

Allerdings sind die Strafbestimmungen in diesem und in andern Bundesstrafnebengesetzen höchst mangelhaft. Sie verraten einen Mangel an Gesetzestechnik, der die Auslegung sehr erschwert. In den letzten Jahren hat man sich überzeugt, dass die Strafbestimmungen in Nebengesetzen grösserer Sorgfalt bedürfen. Eine gründliche Revision der Nebenstrafgesetzgebung wird freilich erst in Angriff genommen werden können, wenn wir ein schweizerisches Strafgesetzbuch besitzen.

Simons „gewerblicher Rechtsschutz" wird sich unter den Juristen und den Industriellen zahlreiche Freunde erwerben und wegen seiner Brauchbarkeit und seiner gefälligen Ausstattung geschätzt werden.

Stooss.

Dr. A. Cramer, *Privatdocent und Arzt der Provinzial-Irrenanstalt in Göttingen: „Gerichtliche Psychiatrie. Ein Leitfaden für Mediziner und Juristen." Jena, Gustav Fischer, 1897. 187 Seiten.*

Man nimmt das Buch mit einem gewissen Misstrauen zur Hand, da es nach dem Titel für Mediziner *und* Juristen bestimmt ist, und da die Erfahrung genugsam zeigt, dass solche utraquistische Bücher regelmässig jedem der Bedachten in einer Richtung zu viel, in anderer Richtung zu wenig bringen. Dieser grossen Schwierigkeit ist in der vorliegenden Arbeit in vortrefflicher Weise begegnet worden, sie ist von einem Arzte verfasst und doch findet der Jurist keine einzige Stelle, in welcher seinen ungenügenden medizinischen Vorkenntnissen nicht Rechnung getragen wäre. Von den vielen Vorteilen, die das Buch auszeichnen, ist die einfache, gedrängte, immer verständliche Sprache einer der erheblichsten. Nirgends werden Vorkenntnisse gefordert, überall werden die Begriffe klar und deutlich vorausgeschickt, und alles Gesagte erscheint durch äusserst geschickt gewählte und knapp zusammengefasste Beispiele erläutert.

Die Glanzpunkte bestehen in der Unterweisung zur Abfassung der verschiedenen Gutachten und in der deutlichen Kennzeichnung der Anfangsstadien der einzelnen Geisteskrankheiten.

Bezüglich der Gutachten ist zwar formell nur der Gerichtsarzt und nur das deutsche Recht berücksichtigt, gleichwohl lernt auch der Jurist, auf was er sehen muss, was wichtig und was gleichgültig ist, wie er dem Arzt bei den vorausgehenden Vernehmungen das Material richtig beschaffen soll, was er von einem ärztlichen Gutachten verlangen kann und was er verlangen muss. Dass bloss deutsches Recht berücksichtigt ist, stört gar nicht, die Anwendung des Gesagten auf irgend ein anderes positives Recht macht keinerlei Schwierigkeiten.

Dass der Verfasser die Anfangsstadien der Erkrankungen besonders eingehend behandelt hat, zeigt das richtige Verständnis für das, was der Jurist braucht. Ist ein Verbrecher tobsüchtig, vollkommen verblödet oder sonst so beschaffen, dass die Thätigkeit des Arztes angerufen werden muss, so giebt es für den Juristen keine Schwierigkeiten, diese treten uns dann entgegen, wenn nur entfernte Inzichten dafür vorliegen, dass das Amt des Juristen beendet ist, und dass jenes des Arztes zu beginnen hat. Die Anzeichen der sich entwickelnden Geisteskrankheiten treten aber so leise in den Kreis unserer Beobachtungen, dass wir sie als Laien leicht übersehen und dann schweres Unrecht thun. Sache des Juristen ist es bloss, zu wissen, *wann* er den Arzt zu fragen hat; um dies zu erkennen, bedarf er aber einer nicht unbeträchtlichen Menge von Wissen, und diese bietet ihm das Buch von Cramer in ausgezeichneter Weise.

Soweit ich es zu beurteilen vermag, glaube ich, dass auch der Mediziner, der für genaueren Unterricht die Litteratur genügend angegeben findet, meinem Urteile über diese dankenswerte und dringend zu empfehlende Arbeit von seinem Standpunkte beitreten wird.

Graz, Juli 1897. Dr. *Hanns Gross.*

Eyvind Olrik, *Studier over Tilregnelighedsspörgsmalet i Strafferetten. Udgivet med Understöttelse af det Finneske Legat. Köbenhavn, i Kommission hos Universitetsboghandler G. E. C. Gad. 1897. 241 Seiten.*

Der Verfasser dieses grösseren Werkes über das Problem der Zurechnungsfähigkeit im Strafrecht ist auch weiteren Kreisen vorteilhaft bekannt durch die von ihm selbst — vielleicht nur zu gedrängt — wiedergegebene, ursprünglich dänisch geschriebene Arbeit über die Einteilung der Verbrecher mit besonderer Rücksicht auf die Unterscheidung zwischen Gelegenheits- und Gewohnheitsverbrechern (in der Zeitschrift von *v. Liszt* und *v. Lilienthal*, XIV, S. 76—81), sowie die Bearbeitung des das dänische Strafrecht betreffenden Abschnittes in dem Sammelwerke: „Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung" (I, 1894, S. 207—226; französische Ausgabe, I, S. 453—469). Als gründlicher Kenner der neueren philosophischen, psychologischen, kriminal- und socialpsychologischen Arbeiten stützt er sich in dieser Richtung namentlich auf die hervorragenden Arbeiten seiner auch im Aus-

lande schnell zu Berühmtheit gelangten Landsleute, wie *Harald Höffding* und *Knud Pontoppidan*. Er macht in den hier vorliegenden, geschickt durchgeführten „Studien“ den wertvollen Versuch, von einer neuen Seite her die Lösung des Problems zu ermöglichen und den richtigen Weg hierzu zu weisen. Er giebt deshalb der Untersuchung die Richtung von aussen nach innen, d. h. *von* den in und mit der Gesellschaft selbst gegebenen allgemeinen Grundsätzen und Forderungen aus, von denen sich das Leben und daher auch das Recht nicht losreissen kann, *vermöge* einer Beleuchtung der verschiedenen Art, in der dieselben Form und Farbe erhalten und in der Gesellschaft sich geltend machen, *behufs* Bestimmung des Charakters der psychischen Voraussetzungen, auf die bei dem Individuum Wert gelegt wird und auf deren Grundlage die socialpsychologische Würdigung der Bedeutung der verschiedenen seelischen Zustände vor sich gehen kann. Nach kurzer Besprechung des Streites zwischen Indeterministen und Deterministen und Darlegung des Unbefriedigenden der *Ferri*schen Doktrin einer „difesa sociale“ legt er die Verbindung der Zurechnungsfähigkeitsfrage mit socialen Grundgedanken, den Unterschied von Zurechnungsfähigkeit und Verantwortlichkeit, sowie den verschiedenen Inhalt der Zurechnungsfähigkeitsforderung auf den verschiedenen Gebieten dar, wobei er den Ausdruck „Zurechnungsfähigkeit“ in weiterem Sinne verwendet, als dies z. B. in der deutschen Wissenschaft üblich ist. Unter Verwerfung des jetzt mehr und mehr fallengelassenen „Verbrechertypus“ eines *Lombroso* erachtet er gemäss der historischen Entwicklung und dem ganzen innerhalb der civilisierten Gesellschaft bestehenden Zustande allein diejenige Auffassung als völlig befriedigend, welche die Selbständigkeit der Strafe aufrecht erhält und sie nicht in den sonstigen Machtmitteln aufgehen lässt, die nach Umständen der Gesellschaft zur Verfügung stehen können und sollen. Die gesellschaftliche Ordnung ist zum Schutz der Individuen dienendes Mittel und kann nur in dem Umfange über die Individuen herrschen wollen, wie dies zum Schutze aller und zur Entwicklung der einzelnen innerhalb des Gesellschaftslebens dienlich und notwendig ist (S. 83). Die Zurechnungsfähigkeitsfrage bildet nur einen Teil der allgemeinen Frage rücksichtlich der Bedeutung der Zurechnungsfähigkeit im gesellschaftlichen Leben. Die hierin liegenden Anforderungen sind auf verschiedenen Gebieten verschieden. Das Strafrecht kann sich mit verhältnismässig minder strengen Forderungen begnügen; es begnügt sich mit einer allgemeinen socialen Verantwortlichkeit, die eigentümlich in Voraussetzungen, Inhalt und Funktionen begrenzt und den gegebenen Zeitverhältnissen angepasst ist. Der Verfasser sieht in der Zurechnungsfähigkeit einen Ausdruck für ein gewisses Zutrauen der Gesellschaft, das wesentlich durch die relative Unentbehrlichkeit des Individuums für die Gesellschaft bestimmt ist. Wie es unzulässig ist, mit *Tarde* von zwei getrennten Eigenschaften — einer „similitude sociale“ und einer „identité personnelle“ — auszugehen, so ist es ebenso unthunlich, sich an eine Seite des Seelenlebens auf Kosten anderer zu halten und bei der Begriffsbestimmung etwa die Einsicht in die Strafbarkeit des Handelns oder anderes als allein entscheidend anzusehen (S. 168). Gegenüber den bisherigen gesetzlichen Bestimmungen ist es daher ein Fortschritt, wenn der norwegische Entwurf § 44 von „mangelhafter Entwicklung der Seelenvermögen oder Schwächung der-

selben" redet. Ob Zurechnungsfähigkeit vorliegt oder nicht, wird davon abhängen, ob die socialen Anforderungen, in dem allein geforderten Minimum, in die wirksame Bewusstseinskontrolle in solcher Deutlichkeit und mit so überzeugender Kraft aufgenommen sind, wie sie erreichbar sind, wo die Aneignung durch psychologische Einwirkung der äusseren socialen Momente bestimmt ist, welche die Gesellschaft entweder direkt angesichts jener Forderungen oder indirekt nach der ihre weiteren Funktionen begründenden Art darbietet (S. 187). Nur zu häufig begegnet man hier, wenigstens bei nordischen Schriftstellern, der falschen Aufstellung sog. objektiver Strafausschliessungsgründe, während doch von vornherein in gewissen Fällen bei Einwirkungen, denen gegenüber ein Nachgeben als normal begründet erachtet werden muss, die Gesellschaft auf Stellung einer ein bestimmtes Verhalten erheischenden Forderung verzichtet. Es kann sich lediglich um persönliche Unzurechnungsfähigkeitsgründe handeln, also um einen anormalen Mangel an Entwicklung und Kontrolle, die an früher notwendig zu durchlaufende Entwicklungsstadien geknüpft ist; um krankhaft gehemmte oder geschwächte Entwicklung, welche nicht das betreffende Minimum psychischer Kontrolle erreicht; um ein Hinabgehen unter das Niveau zufolge eigentlicher Geisteskrankheit, wie endlich um Folgen augenblicklicher tiefer Bewusstseinsstörungen (S. 210). Es ist fehlerhaft, von dem Begriff der Strafbarkeit auszugehen, um von ihm zu dem der Zurechnungsfähigkeit zu gelangen, oder zu glauben, dass sich die Entscheidung danach treffen lasse, ob Strafe indiziert oder kontraindiziert sei, während auch schliesslich die Beurteilung nach normaler Bestimmbarkeit durch Motive (— bekanntlich in sehr verschiedenem Sinne gebrauchtes Wort! —) nicht den gesellschaftlichen Anforderungen entspricht, da hiernach eine ganze Reihe von Personen noch als zurechnungsfähig erklärt werden müsste, trotzdem ihr Seelenleben in seinen normalen Funktionen schon in hohem Grade gestört ist. Denn in dem von dem kranken Geiste gelieferten Stoffe, nicht in der vielfach logisch korrekten und konsequenten Art seiner Verwertung liege das Krankhafte solcher Zustände (S. 224). Unter Ablehnung einer „verminderten Zurechnungsfähigkeit" — wie sie von diesem Standpunkte aus ganz natürlich ist — meint der Verfasser, dass es Aufgabe der Zukunft zu sein scheine, unter Streichung einer solchen Formel in den Gesetzen und Vermeidung einer wirklichen oder scheinbaren Definition, die kriminal-psychologischen Untersuchungen weiter zu fördern, um eine dem Leben möglichst entsprechende Klassifizierung der Verbrecher aufstellen zu können, die eine allseitigere Durchführung der verschiedenen schärfenden wie mildernden (straferhöhenden wie strafmindernden) Rücksichten, ebenso aber auch eine den Umständen entsprechende Anpassung des Inhalts und der Funktionsweise der Strafe gegenüber solchen ermöglicht, deren Eigentümlichkeiten besondere Einwirkungsformen mehr oder minder notwendig machen sollten. In dieser Richtung macht er auf ein jüngst (11. Mai 1897) erlassenes dänisches Gesetz betreffend Gewaltthätigkeit gegenüber Personen, die nichts gethan haben, was vernünftigerweise zu solchem Verhalten Anlass geben konnte („sageslös person"), aufmerksam, dessen Wortlaut nun in „Nordisk Tidsskrift for Fængselsvæsen og praktisk Strafferet", 1897, S. 170/171, mitgeteilt ist.

Besonders wertvoll erscheinen mir die Ausführnngen über die Schadenersatzfrage in Fällen der Nichtbestrafung (S. 137) nnd die Regelung des Notwehr- und Notstandsrechts (S. 192 ff.).

Bald nach Erscheinen des bisher nach seinem Inhalt skizzierten Werkes brachte die „Tidskrift for Retsvidenskab“, 1897, S. 170—202, eine sehr lesenswerte Abhandlung von *Rüdinger* über „Zurechnungsfähigkeit als Strafbedingung“, die gleichfalls vor Abfassung einer die Unzurechnungsfähigkeitsgründe abgrenzenden Bestimmung bei heutiger Sachlage warnt. Sie enthält kritische Bemerkungen zu der wichtigen Schrift des in seinem Berufe höchst erfahrenen Polizeiarztes *Paul Winge* in Kristiania: „Den sindssyge Lovovertræder. I. Den retsmedicinske Undersögelse af den sindssyge Lovovertræder. Kristiania und Köbenhavn, 1896.“

A. T.

Rechtswidrigkeit und Verbrechen.

Von

Carl Stooss.

In dem Strafgesetz stellt der Gesetzgeber den Inhalt und den Umfang der staatlichen Strafpflicht fest, und zwar erschöpfend und abschliessend. Die Strafgewalt des Staates schneidet in die wichtigsten Güter des Menschen, an denen sie ausgeübt wird, so tief ein, dass sie *nur* durch Gesetz begründet werden darf. Das Gefühl der Rechtssicherheit, dessen sich der Angehörige eines „Rechtsstaates" in der Regel erfreut, würde bedenklich erschüttert, wenn es den Gerichten zustehen würde, Lücken, die das Strafgesetz ihres Erachtens enthält, auszufüllen, also die Strafpflicht des Staates auf Fälle auszudehnen, die der Strafgesetzgeber der Strafpflicht nicht unterworfen hat. So bildet der Rechtssatz „nullum crimen sine lege" einen Freiheitsbrief für alle Bürger gegen die Überspannung der staatlichen Strafgewalt durch den Richter. Wenn das Gesetz erklärt hat, diese genau bestimmte Handlung begründet eine Strafpflicht des Staates, so darf derjenige, der sich einiges Vertrauen in die Weisheit des Gesetzgebers bewahrt hat, mit einiger Zuversicht annehmen, dass die Handlung nicht nur formell, sondern auch ihrer Natur nach das strafende Einschreiten des Staates gegen ihren Urheber erfordere. Doch fehlt auch der Strafgesetzgebung unserer Zeit die Garantie, welche allein eine gerechte Bethätigung der staatlichen Strafgewalt, eine Übereinstimmung zwischen formeller und materieller Strafpflicht verbürgen würde, nämlich eine wissenschaftlich begründete und durch die Erfahrung bewährte Feststellung der Grundsätze, nach welchen die Strafpflicht auszuüben ist. Gewiss kann der Inhalt und der Umfang staatlicher Strafpflicht nicht naturrechtlich ein für allemal festgestellt werden. Dem widerspricht schon die Thatsache, dass Verbrechen und Strafe nach Zeit und Ort die verschiedenste Gestalt annehmen. Und doch sind

in der Flucht der Erscheinungen gewisse Grundsätze der Strafgesetzgebung, die stets bewusst oder unbewusst, genauer oder weniger genau angewendet worden sind, festzuhalten.

Die *materielle Strafpflicht* des Staates beruht auf folgenden Grundlagen:

1. der Staat erachtet sich nur dann als strafpflichtig, wenn ein Zurechnungsfähiger ein Gut einer Person, der Gesellschaft oder des Staates verletzt oder gefährdet oder wenn seine Handlung erfahrungsgemäss geeignet ist, ein solches Gut zu verletzen oder zu gefährden;
2. wenn das Gut, gegen das sich der Angriff richtet, für das Gemeinwesen ein solches Interesse darbietet, dass es der Staat zu schützen berufen ist;
3. wenn das Gut nur dadurch geschützt werden kann, dass Angriffe gegen dasselbe durch Bestrafung der jeweiligen Angreifer bekämpft werden.

Eine Handlung darf also mit Rücksicht auf den Zweck des Strafrechts nur dann als Verbrechen unter Strafe gestellt werden, wenn dies im staatlichen Interesse zur Verwirklichung des Güterschutzes unerlässlich ist. Dann aber ist die Bethätigung der Strafgewalt nicht nur ein *Recht* des Staates, sondern auch seine *Pflicht*.

Da die Anschauung darüber, was ein Gut sei, ob das Gemeinwesen an einem Gute und seiner Unverletzlichkeit ein so dringendes Interesse habe, dass es zu dessen Schutze verpflichtet sei, und ob dieser Schutz nur durch Bestrafung der Urheber von Schädigungen und Gefährdungen zu erlangen sei, so wie die Auffassung über Zweck und Aufgabe des Staates stetem Wechsel unterworfen ist und nach Zeit und Ort sich verändert, so verändert sich damit auch Inhalt und Umfang der staatlichen Strafpflicht.

Dabei darf nicht übersehen werden, dass der Strafgesetzgeber ein Gut als Gattung unter Strafschutz stellt und die Strafpflicht gegen eine Gattung von Handlungen begründet. Die Gattung setzt sich jedoch aus der Gesamtheit der Einzelerscheinungen zusammen. Daher wird der Gesetzgeber die Strafpflicht nur dann richtig feststellen, wenn er den Typus der Gattung in der Fülle der Einzelerscheinungen erkennt. Die Befähigung zu dieser Erkenntnis kann nur durch eine sorgfältige Beobachtung des Lebens erworben werden.

Die Strafpflicht des Staates würde aber einseitig gewürdigt, wenn sie nicht nach einer zweiten Seite hin betrachtet würde, die dem Ver-

brechen erst seinen wahren Charakter giebt. Für das Volk ist das Verbrechen das sittlich Verwerfliche, das Böse, *das Schlechte*, das der Staat an dem Urheber in vergeltender Gerechtigkeit ahndet. Der Staat erscheint dem gemeinen Mann als die Macht, die das Schlechte bestraft, so dass der Schlechte zur Strafe das erleidet, was er verdient. Mit dieser Volksanschauung steht und fällt das Strafrecht. Wenn auch der Staat den Verbrecher nicht deshalb bestraft, weil er schlecht gehandelt hat, sondern weil er das gemeine Wohl in einem seinem Schutze unterstehenden Gut verletzt hat und weil solche Verletzungen im Interesse der Unversehrtheit jenes Gutes nur durch Bestrafung der Urheber der Verletzung wirksam bekämpft werden können, so ist doch der Gegensatz nur scheinbar; denn der Staat ruht auf *sittlicher* Grundlage, was er strafend schützt, das dient einem sittlichen Bedürfnisse; was er strafend bekämpft, ist regelmässig auch unsittlich und schlecht.

Es wird dem Staat nur dann gelingen, Angriffe auf staatlich geschützte Güter durch Bestrafung der Urheber solcher Angriffe wirksam zu bekämpfen, wenn diese Urheber sich bewusst sind, dass sie Strafe verdient haben und wenn sie und das Volk die Bethätigung der Strafgewalt als gerecht empfinden. Denken wir uns das Gefühl sittlichen Verschuldens in dem menschlichen Gewissen weg, so müsste sich der Mensch, der wegen seiner That staatlicher Strafe unterworfen wird, im Gefühl, Unrecht zu erdulden, aufbäumen; er würde den Richter entrüstet fragen, wer giebt dir das Recht, so an mir zu handeln, und wenn der Richter sich auf das Gesetz berufen würde, so würde der Bestrafte das Gesetz verfluchen, das solches anordnet und gebietet. Es ist vollkommen begreiflich, dass diejenigen, welche die sittliche Macht der Strafe nicht als solche empfinden, die Gerechtigkeit der staatlichen Strafe verneinen und den Staat, der Gerechtigkeit übt, willkürlicher Schädigung ihrer Güter anklagen. Wird strafrechtliche Schuld von dem Thäter nicht als eine Gewissensschuld erkannt, so wird die Grundlage aller Zurechnung zerstört. Dann darf nur der bestraft werden, der die *Norm Bindings* kannte und sie *wissentlich* übertrat. Wollten wir mit dieser Lehre Ernst machen, so könnte der Mehrzahl der Verbrecher ein Verbrechen nicht nachgewiesen werden; sie haben das *Rechtsgebot* nicht gekannt, wer will ihnen das Gegenteil beweisen?

Dieser Zusammenhang des Strafrechts mit der Sittlichkeit legt dem Gesetzgeber aber auch die Pflicht auf, nur solche Verletzungen oder Gefährdungen von Gütern als strafpflichtig zu erklären, die

das menschliche Gewissen als unerlaubt und schlecht empfindet, und Vorsorge zu treffen, dass die Verletzungen und Gefährdungen, die das sittliche Gefühl regelmässig verurteilt, dann von der Strafpflicht ausgenommen werden, wenn sie ausnahmsweise aus sittlichen Beweggründen hervorgegangen sind, insbesondere wenn der Thäter damit einer sittlichen Pflicht genügte. Nichts erschüttert den Glauben an die Gerechtigkeit der Strafjustiz so stark, als die Verurteilung eines Menschen wegen einer Handlung, die vor dem Sittengesetz besteht. Daher soll die vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung oder Gefährdung nicht unter allen Umständen strafbar sein, sondern nur dann, wenn sie eine schlechte, sittlich verwerfliche Handlung ist. Jedenfalls soll ein edler Beweggrund die Strafe für den Thäter bedeutend mildern.

Leider ist der Inhalt und der Umfang der staatlichen Strafpflicht auch gegenwärtig nicht durchaus diesen Grundsätzen entsprechend festgesetzt, und das, was wir als materielle Strafpflicht des Staates bezeichneten, ist formell nur mit bedeutenden Einschränkungen anerkannt. Dieser Gesetzeszustand wird so lange andauern, als die Wissenschaft ihrer Aufgabe, die leitenden Grundsätze der Gesetzgebung in allgemeiner Weise festzustellen und damit dem Gesetzgeber den Weg zu weisen, nicht nachkommt. Unsere Zeit ist freilich solcher wissenschaftlichen Arbeit nicht besonders günstig, da über die Elemente aller Strafgesetzgebung ein Streit waltet, dessen Ende nicht abzusehen ist. Die kriminalistische Theorie ist heute für den Gesetzgeber keineswegs die Stätte, aus der er für seinen Beruf gefestigt und erleuchtet hervorgeht, sondern nicht so ganz selten ein gefährlicher Irrgarten, der ihn dahin und dorthin verlockt und ihn von seinem Ziele, das gemeine Wohl zu fördern, ablenkt.

Gemäss dem Satz „nullum crimen sine lege“ geben die Strafgesetzgebungen ein Verzeichnis aller Handlungen, die gegen deren Urheber eine Strafpflicht des Staates begründen. Jede Handlung wird nach ihren subjektiven und objektiven Merkmalen bezeichnet, und es wird die Strafe festgesetzt, die den Thäter treffen soll. So finden wir Tötung, Körperverletzung, Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Betrug, Notzucht, Brandstiftung nach ihren Merkmalen in gesetzliche Thatbestände zusammengefasst. Eine Reihe von Merkmalen, die allen Verbrechen oder doch einer grossen Zahl von Verbrechen gemeinsam sind, stellt die neuere Strafgesetzgebung nach dem Vorgang der Lehre in einem allgemeinen Teile zusammen. Ob ein Merkmal zu dem allgemeinen oder zu dem besonderen Thatbestand gehört, hängt

wesentlich von gesetzestechnischen Rücksichten ab. Ob das Gesetz im allgemeinen Teil bestimmt, der Versuch von Verbrechen wird bestraft, oder ob es bei dem einzelnen Thatbestand bestimmt, der Versuch ist strafbar, berührt das Wesen des Verbrechens nicht.

Somit verfällt jeder, der eine Handlung begeht, welche die Merkmale eines gesetzlichen Thatbestandes verwirklicht, der Strafe, die für den Thäter angedroht ist, wenn nicht etwa besondere Gründe vorliegen, welche ein Verschulden des Thäters ausschliessen oder die Strafpflicht des Staates nachträglich aufheben.

Dem ist aber, wie es scheint, nicht so. Wer einen Menschen vorsätzlich tötet, seinen Körper verletzt, ihn der Freiheit beraubt, sein Vermögen schädigt, ist nicht strafbar, wenn die *Rechtswidrigkeit der Handlung* ausgeschlossen ist.

Es kommt nämlich vor, dass der *Gesetzgeber* Verletzungen, welche die Merkmale eines gesetzlichen Thatbestandes aufweisen, so z. B. vorsätzliche Tötung, Körperverletzung, Sachbeschädigung, ausnahmsweise *gebietet* oder *erlaubt* oder *straflos erklärt.* Die Verletzung ist also in solchen Fällen *ausnahmsweise* pflichtgemäss, rechtmässig oder doch straflos.

Nach der herrschenden Lehre gehören zu diesen Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit namentlich folgende Verletzungen, die sonst mit Strafe bedroht sind:

I. *Pflichtmässige* Verletzungen, die vollzogen werden:

1) in Ausübung einer *Amts-* oder *Dienstpflicht,* so namentlich die Entziehung von Leben, Freiheit, Ehre, Vermögen zur Bestrafung der Schuldigen, Untersuchungshandlungen (Haft, Haussuchungen), polizeiliche Eingriffe;
2) in Ausübung einer *Bürgerpflicht;*
3) in Ausübung der *Wehrpflicht.*

II. *Rechtmässige* Verletzungen, die vorgenommen werden:

1) in *Notwehr,* einschliesslich des berechtigten Widerstandes gegen die Staatsgewalt und der Beleidigung zur Wahrung berechtigter Interessen (Deutsches R. St. G. B., § 193);
2) in *berechtigter Selbsthülfe;*
3) in Ausübung einer *Erziehungsgewalt;*
4) in Ausübung einer *Disciplinarbefugnis.* Ist die Ausübung der Disciplinarbefugnis öffentlich - rechtliche Pflicht, so ist sie pflichtgemäss;

5) in Ausübung eines *Berufsrechts;*

6) in Ausübung eines sogenannten *Notrechts.*

III. *Straflose* Verletzungen, die begangen werden:

im *Notstand.*

Ausserdem bestehen noch eine grössere Zahl von Gründen, welche die Rechtswidrigkeit auf Grund besonderer in den verschiedensten Gesetzen zerstreuten Bestimmungen ausschliessen.

Ob auch die Verletzungen, die auf Befehl eines Vorgesetzten verübt werden, und Verletzungen, zu denen der Verletzte einwilligte, hierher gehören, ist bestritten.

Dass eine Verletzung, wenn sie auch den Staat sonst zur Strafe verpflichtet, dann keine Strafpflicht des Staates begründet, wenn der Staat diese verletzende Handlung gesetzlich anordnet oder erlaubt oder sie als straflos erklärt, erscheint unzweifelhaft. Der Staat würde seinen eigenen Erklärungen widersprechen, wenn er das, was er befiehlt, zulässt oder straflos erklärt, als Verbrechen anerkennen würde. Ist eine Verletzung pflichtmässig, rechtmässig oder straflos erklärt, so *ist damit eine gesetzliche Ausnahme von der anderweitig festgestellten Strafpflicht begründet.* Demgemäss erfahren die *gesetzlichen Thatbestände,* insbesondere die gesetzlichen Thatbestände, die sich auf Tötung, Körperverletzung, Freiheitsentziehung, Vermögensbeschädigung und Ehrverletzung beziehen, eine *wichtige Einschränkung* bezüglich solcher Handlungen, die äusserlich dem gesetzlichen Thatbestand entsprechen, die aber *der Strafpflicht des Staates auf Grund besonderer Bestimmungen entzogen sind.* Der gesetzliche Thatbestand ist in Wirklichkeit enger, als es dem Wortsinne nach scheint. Es ist daher ganz richtig, wenn *Binding* auf Grund seiner Anschauung annimmt, in diesen Fällen sei keine Norm verletzt.

Wer daher einen Menschen in Notwehr oder in Notstand, oder als Soldat im Kriege, oder in Vollstreckung eines rechtskräftigen Urteils tötet, erfüllt den gesetzlichen Thatbestand des Mordes *nicht;* denn dieser gesetzliche Thatbestand umfasst die Fälle pflichtmässiger, rechtmässiger oder strafloser Tötungen nicht. Mit andern Worten: Der gesetzliche Thatbestand, „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet", berührt die Tötung, die in Notwehr oder im Notstand oder kriegsmässig oder urteilsmässig ausgeführt wird, nicht.

Dass in den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit eine Ausnahme von der staatlichen Strafpflicht und damit eine

Einschränkung der gesetzlichen Thatbestände hinsichtlich pflichtmässiger, rechtmässiger und strafloser Handlungen vorliegt, wird gegenwärtig nicht genügend erkannt. Da es aber keinem Zweifel unterliegt, dass derjenige, der pflichtmässig oder rechtmässig handelt, oder dessen Handlung als straflos erklärt ist, nicht bestraft werden darf, so wird dieses Ergebnis auf Umwegen herbeigeführt.

Die einen, wie *von Liszt, subintelligieren* den gesetzlichen Thatbeständen das Merkmal *„rechtswidrig"*, so dass nun die pflichtmässige und die rechtmässige Verletzung nicht unter den gesetzlichen Thatbestand fällt.

Der Unterschied der hier vertretenen Auffassung von derjenigen von Liszts zeigt sich an folgendem Beispiel.

Wer die in Frage stehenden Fälle als *Ausnahmen von der Strafpflicht* betrachtet, ist sich bewusst, dass der Satz: „Wer vorsätzlich tötet, wird bestraft...", durch *gesetzliche Ausnahmen durchbrochen* ist und *nur mit diesen gesetzlichen Ausnahmen* gilt.

Indem er diese gesetzlichen Ausnahmen berücksichtigt, erhält der Satz dem Inhalt des Gesetzes entsprechend folgende Fassung: „Wer vorsätzlich tötet, wird, *sofern das Gesetz die Handlung nicht ausnahmsweise als pflichtgemäss, rechtmässig oder straflos anerkennt,* bestraft..."

Durch diese Fassung wird dem Gesetze nichts beigefügt, was nicht schon darin enthalten wäre. Diese Fassung stellt sich lediglich als das Ergebnis der verschiedenen Feststellungen dar, die der Gesetzgeber hinsichtlich der vorsätzlichen Tötung getroffen hat. Dass der Gesetzgeber es vorzieht, die Ausnahmen von der gesetzlichen Strafpflicht den gesetzlichen Thatbeständen nicht als Ausnahmen *anzuschliessen,* erklärt sich aus begreiflichen *technischen* Erwägungen. Soweit diese Ausnahmen, wie die Verletzungen in Notwehr und Notstand allgemeiner Natur sind, gehören sie systematisch in den allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches; soweit es sich um pflichtmässige oder rechtmässige Verletzungen handelt, die nicht in erster Linie als Ausnahmen von der Strafpflicht Bedeutung haben, sind sie in andern Quellen zu regeln. Das darf uns aber nicht hindern, sie ihrer Natur nach als Ausnahmen von der Strafpflicht anzuerkennen.

Um jedem Missverständnis vorzubeugen, könnte der Strafgesetzgeber vielleicht im Anschluss an den Satz „nullum crimen sine lege" eine allgemeine Bestimmung etwa folgenden Inhalts in das Straf-

gesetzbuch aufnehmen: *Ist die Handlung ausnahmsweise geboten, erlaubt oder straflos erklärt, so gilt sie nicht als mit Strafe belegt* [1]).

Dass dies der *Sinn* des Gesetzes ist, darf nach dem Ausgeführten kaum mehr bezweifelt werden. Doch ist eine solche Bestimmung nicht notwendig, um die sogenannten Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit als Fälle ausgeschlossener Strafpflicht und als Ausnahmen von gesetzlichen Thatbeständen anzuerkennen.

von Liszt [2]) dagegen nimmt an, die Rechtswidrigkeit des Verbrechens bedürfe als *selbstverständlich* keiner besondern Hervorhebung im Gesetze. *von Liszt* stellt in der Folge den Satz auf: „Soweit die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen ist, kann von einem Verbrechen nicht die Rede sein." Der Gedankengang *von Liszts* ist mir nicht vollkommen klar geworden; ich vermute, es fehle ein Zwischenglied. Da jedoch von Liszt die Rechtswidrigkeit als *Begriffsmerkmal* des Verbrechens erklärt [3]) und dieses Merkmal seines Erachtens nur deshalb im Gesetze nicht besonders hervorzuheben ist, weil es *selbstverständlich* sei, so subintelligiert offenbar von Liszt jedem gesetzlichen Thatbestand das Wort *„rechtswidrig"*. Der Thatbestand, „Wer einen Menschen vorsätzlich tötet", würde also ein weiteres latentes Merkmal enthalten und der gesetzliche Thatbestand wäre im Sinne des Gesetzgebers so gefasst oder doch gedacht: „Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* einen Menschen tötet".

Dann umfasst allerdings der gesetzliche Thatbestand die *rechtmässigen* Tötungen deshalb nicht, weil in diesen Fällen die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist.

Nach dieser Auffassung bezieht sich der gesetzliche Thatbestand: „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet", auf alle vorsätzlichen Tötungen. Erst dadurch, dass das Merkmal rechtswidrig hinzugedacht wird, wird es möglich, die pflichtmässigen, rechtmässigen und straflosen Tötungen von der Strafbarkeit auszuschliessen.

Wenn das Merkmal der Rechtswidrigkeit nur deshalb vom Gesetz in der Regel nicht besonders hervorgehoben wird, weil es selbstverständlich ist, dieses Merkmal also in *jedem* gesetzlichen Thatbestand enthalten ist, so ist nicht einzusehen, wie die Thatbestände, in denen die Rechtswidrigkeit ausdrücklich als Merkmal genannt wird,

---

[1]) In diesem Sinne bestimmt der schweizerische Entwurf Art. 18: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That befugterweise ausführt, ist nicht strafbar.".

[2]) Lehrbuch, 8. Auflage, S. 135.

[3]) von Liszt in der Überschrift des § 31: „Die Rechtswidrigkeit als Begriffsmerkmal".

sich hinsichtlich der Rechtswidrigkeit von den übrigen Thatbeständen, in denen die Rechtswidrigkeit nicht als Merkmal genannt wird, unterscheiden sollen. Denn dann ist der Unterschied doch höchst äusserlich und unwesentlich; lediglich gesetzestechnische Erwägungen entscheiden, ob die Rechtswidrigkeit in dem einen oder andern Fall ausdrücklicher Erwähnung bedürfe. Die Nichterwähnung dieses Merkmals in einem gesetzlichen Thatbestande zeugt dann im Grunde noch deutlicher dafür, dass es wirklich vorhanden ist, als dessen Erwähnung. von Liszt [1]) und mit ihm eine Reihe von Schriftstellern nehmen jedoch an, das Merkmal der Rechtswidrigkeit werde da, wo es im Gesetze ausdrücklich genannt sei, vom Vorsatze des Thäters umfasst, der Thäter sei also nur strafbar, wenn er mit dem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit handelte, während überall da, wo das Merkmal der Rechtswidrigkeit im Thatbestande *nicht genannt* sei, das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehöre. Ist die Rechtswidrigkeit des Verbrechens Merkmal jedes gesetzlichen Thatbestandes, so muss die Rechtswidrigkeit entweder in allen Fällen oder dann überhaupt nicht vom Vorsatz des Thäters umfasst sein, um dessen Strafbarkeit zu begründen. Da von Liszt das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit für alle Fälle, in denen die Rechtswidrigkeit im Thatbestande nicht genannt ist, mit allergrösster Entschiedenheit als Voraussetzung der Strafbarkeit ablehnt, so kann ihm diese Folgerung nicht gefallen. Sie ist jedoch unabweislich.

Mehrere Schriftsteller, so *Berner*[2]) und *Hugo Meyer*[3]), bezeichnen die sogenannten Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit als *Schuldausschliessungsgründe*. Nach dem Wortsinn sollte man annehmen dürfen, ein Schuldausschliessungsgrund könne nur vorliegen, wenn der Thäter deshalb nicht bestraft wird, weil ihm nicht das Verschulden zur Last fällt, welches das Gesetz für die Strafbarkeit voraussetzt. Demnach würde z. B. mangelnde Zurechnungsfähigkeit des Thäters die Schuld ausschliessen. Wie Hugo Meyer die Bedeutung der Rechtswidrigkeit auffasst, ergiebt sich aus seinen Äusserungen nicht mit vollkommener Sicherheit. Er bemerkt S. 262 ganz richtig: Keine Handlung giebt es, die unter allen Umständen strafbar wäre;

[1]) Lehrbuch, 8. Auflage, S. 176 unten, 177 oben. von Liszt beruft sich zur Begründung auf das in § 31 bei Note 5 Gesagte, gerade was von Liszt dort sagt, steht aber mit seiner Annahme im Widerspruch.

[2]) Lehrbuch, 17. Auflage, S. 91.

[3]) Lehrbuch, 5. Auflage, S. 262, und 25 bei *f*, sowie 160 bei 4.

vielmehr können bei einer jeden Umstände vorliegen, welche sie als gerechtfertigt erscheinen lassen ... An diese Darlegung schliessen sich die Worte an: und deswegen Schuldausschliessungsgründe genannt werden zum Unterschied von den Strafausschliessungsgründen. Auch an anderer Stelle beschränkte sich Meyer auf diese Andeutungen. Er erwähnt nur noch, dass die sogenannten Schuldausschliessungsgründe der Normentheorie natürlich als Ausnahmen von der Norm erscheinen. Da Meyer, soweit ich sehe, die Rechtswidrigkeit nirgends als Merkmal des Thatbestandes voraussetzt, so dürfte er der hier vertretenen Auffassung nahe stehen. Gegen diese Annahme spricht freilich, dass Meyer die Ausnahmen von der Strafpflicht als Schuldausschliessungsgründe bezeichnet.

Die Hauptfrage ist, *ob die Rechtswidrigkeit der Handlung zum gesetzlichen Thatbestand gehöre.* Ebensogut könnte man fragen, ob es zum Begriffe der verbotenen Handlung gehöre, verboten zu sein. Was bedeutet denn im Grunde die Rechtswidrigkeit des Verbrechens? Es wird damit lediglich zum Ausdruck gebracht, eine Handlung sei vom Gesetze als rechtswidrig erklärt oder sie verstosse gegen eine Anordnung des Gesetzes. Da unter der Herrschaft des Satzes „nullum crimen sine lege" die Strafpflicht des Staates ausschliesslich auf dem Gesetze beruht, und da mit der Anerkennung der Strafpflicht hinsichtlich einer Handlung auch deren Rechtswidrigkeit gegeben ist, so ist die Rechtswidrigkeit in diesem Sinne nichts als die Anwendung des Satzes „nullum crimen sine lege" auf das Verbrechen. Allein es ist verkehrt, anzunehmen, durch den Satz „nullum crimen sine lege" werde dem Thatbestand des Verbrechens das Merkmal „rechtswidrig" beigefügt. Ob die Strafpflicht des Staates sich im einzelnen Falle auf Gesetz, Gewohnheitsrecht oder richterliches Ermessen gründet, berührt den Thatbestand der Handlung nicht.

Frage ich: Welche Handlungen widersprechen dem öffentlichen Interesse so sehr, dass sie der Strafgesetzgeber als strafpflichtig und damit als rechtswidrig erklärt? so kann auf diese Frage doch gewiss nicht die Antwort gegeben werden: Gewisse Handlungen, welche der Gesetzgeber als rechtswidrig erklärt, sondern es können diese Handlungen nur nach ihren Merkmalen beschrieben werden.

Ebenso entscheidet *Merkel*[1]) die Frage mit den Worten: „Zu den Thatbestandsmerkmalen gehören nur vom Strafgesetz *vorausgesetzte* Merkmale, nicht solche, welche die That erst aus dem

[1]) Lehrbuch, S. 36, oben.

Strafgesetze selbst gewinnt, also nicht der Umstand, dass sie durch das Strafgesetz verboten und mit Strafe bedroht ist.“ Sobald übrigens kein Bedürfnis mehr vorliegt, die Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit der *Subsumtion* unter gesetzliche Thatbestände zu entziehen, da diese Fälle als Ausnahmen von der gesetzlichen Strafpflicht *nicht in dem gesetzlichen Thatbestande enthalten sind,* so dürften nur noch Kriminalisten, welche das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit als Element des Vorsatzes betrachten, versucht sein, die Rechtswidrigkeit als Merkmal des Thatbestandes festzuhalten. So zeigt sich eben, dass das Merkmal der Rechtswidrigkeit hauptsächlich als Konstruktionsbehelf dient.

In einigen gesetzlichen Thatbeständen wird das Merkmal der Rechtswidrigkeit ausdrücklich erwähnt. So z. B. in folgenden Stellen des deutschen Reichsstrafgesetzbuches:

§ 123 (124). Wer in die Wohnung ... eines Anderen *widerrechtlich* eindringt ...

239. Wer vorsätzlich und *widerrechtlich* einen Menschen einsperrt ...

240. Wer einen Anderen *widerrechtlich* durch Gewalt oder durch Bedrohung mit einem Verbrechen oder Vergehen zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt ...

246. Wer eine fremde bewegliche Sache, die er in Besitz oder Gewahrsam hat, sich *rechtswidrig* zueignet ...

291. Wer die bei den Übungen der Artillerie verschossene Munition, oder wer Bleikugeln aus den Kugelfängen der Schiessstände der Truppen sich *widerrechtlich* zueignet ...

303. Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* eine fremde Sache beschädigt oder zerstört ...

305. Wer vorsätzlich und *rechtswidrig* ein Gebäude ... oder ein anderes Bauwerk, welche fremdes Eigentum sind, ganz oder teilweise zerstört ...

339. Ein Beamter, welcher durch Missbrauch seiner Amtsgewalt oder durch Androhung eines bestimmten Missbrauchs derselben Jemand zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung *widerrechtlich* nötigt ...

Erklärt der Gesetzgeber nun an diesen Stellen noch ausdrücklich, während es im Lisztschen Sinne anderswo überflüssig war, eine Strafpflicht werde nur unter der Voraussetzung begründet, dass die Handlung gesetzwidrig sei. *Nein,* sondern er zieht mit dem Worte „rechtswidrig“ der staatlichen Strafpflicht engere Grenzen; der ge-

setzliche Thatbestand erfährt dadurch eine *Einschränkung* oder es wird doch auf eine anderweitig begründete Einschränkung des gesetzlichen Thatbestandes hingewiesen.

Damit, dass nicht schlechtweg das Eindringen in eine Wohnung, sondern das *rechtswidrige* Eindringen unter Strafe gestellt wird, wird festgestellt, dass nur derjenige Hausfriedensbruch begeht, der *in Verletzung eines Privatrechts,* also gegen den Willen des Inhabers der Wohnung eindringt.

Ähnlich gestaltet sich die Strafpflicht in den Fällen der §§ 246, 291, 303, 305.

Bedeutet rechtswidrig „in Verletzung eines Privatrechts“ oder „gegen den Willen des Berechtigten“, so wird damit ein weiteres Merkmal in den gesetzlichen Thatbestand eingeführt, aber nicht das Merkmal, dass die Handlung gesetzwidrig sei, denn jede in einen gesetzlichen Thatbestand gefasste Handlung ist gesetzwidrig, sondern das Merkmal, dass die Handlung einen Eingriff in ein Privatrecht in sich schliesse. Mit andern Worten, es wird damit näher bezeichnet, welches Eindringen gesetzwidrig sei. Dringe ich noch so stürmisch in die Wohnung eines Freundes ein, so berührt meine Handlung den gesetzlichen Thatbestand nicht. Dieses richtet sich nur gegen ein Eindringen, das wider den Willen des Berechtigten geschieht. Wenn ein Strolch in eine fremde Wohnung eindringt und zu seiner Verteidigung geltend macht, er habe nicht gewusst, dass man nicht in fremde Wohnungen eindringen dürfe, so wird man diese Verteidigung als eine unverschämte Ausrede ansehen. Würde die Gesetzwidrigkeit des Eindringens Begriffs- und Thatbestandsmerkmal des Hausfriedensbruches sein, so müsste der Richter sorgfältig feststellen, dass das Eindringen gesetzwidrig ist und dass der Thäter dies wusste. Für den Gesetzgeber liegt keine Veranlassung vor, die Gesetzwidrigkeit des Hausfriedensbruches erst noch festzustellen.

Dringt ein Bettler in meinen Garten ein und folgt dem Bettler ein Polizeimann, um ihn festzunehmen, so kann ich, wenn es mir gefällt, den Bettler aufnehmen und dem Polizeimann die Thüre weisen. Wenn ein Hausfriedensbruch voraussetzt, dass der Thäter wider den Willen des Berechtigten eindringt, so folgt daraus, dass die irrtümliche Annahme des Thäters, der Berechtigte habe gegen das Betreten seiner Wohnung nichts einzuwenden, Hausfriedensbruch ausschliesst. Man kann hier allerdings von einem mangelnden Bewusstsein der Rechtswidrigkeit sprechen, aber damit ist nicht gemeint,

dass der Thäter sich der Gesetzwidrigkeit seines Verhaltens nicht bewusst war, sondern dass er sich nicht bewusst war, durch sein Verhalten in ein fremdes Recht überzugreifen. Kritisch ist der Fall des Hauseigentümers, der in die Wohnung des Mieters in der irrtümlichen Annahme eindringt, ein Hauseigentümer sei hierzu privatrechtlich befugt. Der Hauseigentümer irrt sich über seine privatrechtlichen Befugnisse und infolgedessen fehlt ihm das Bewusstsein der Gesetzwidrigkeit seines Verhaltens. Für solche Fälle bestimmt der schweizerische Entwurf: „Wer eine als Verbrechen bedrohte That in dem Glauben begeht, er sei dazu befugt, kann milder bestraft werden.“ Wenn angenommen würde, der Hauseigentümer sei nicht strafbar, so würde der Mieter damit des Strafschutzes gegen Eingriffe des Hauseigentümers beraubt.

Dagegen enthält das Wort „rechtswidrig“ in andern gesetzlichen Thatbeständen, so namentlich bei Einsperrung (§ 303), einen Hinweis darauf, dass der Thatbestand durch andere Bestimmungen, nämlich durch solche, in denen das Einsperren eines Menschen angeordnet oder zugelassen wird, Ausnahmen erleidet. Rechtswidrig heisst also hier unbefugt, d. h. „nicht auf Grund einer ausnahmsweisen Berechtigung“.

Nicht ganz klar ist der Sinn des „rechtswidrig“ bei der Nötigung, doch wird rechtswidrig auch hier den Sinn von unbefugt haben.

Dadurch, dass der Gesetzgeber das Wort *„rechtswidrig“* in diesem Sinne beifügt, führt er kein neues Merkmal in den Thatbestand ein, er erinnert nur daran, dass die Handlung, die in dem gesetzlichen Thatbestande bezeichnet ist, ausnahmsweise auf Grund anderer Bestimmungen keine Strafpflicht begründet. Damit disponiert der Gesetzgeber nicht. So findet sich nach einigen Gesetzgebungen das Wort rechtswidrig auch in dem Thatbestand des Mordes, weil es eine grössere Zahl pflichtmässiger, rechtmässiger und strafloser Tötungen giebt. Wenn der Gesetzgeber das Wort rechtswidrig in diesem Sinne in einen gesetzlichen Thatbestand aufnimmt, so verbindet er damit keineswegs die Meinung, der Thäter solle nur bestraft werden, wenn er sich bewusst war, dass er gesetzwidrig handle. Es ist, wie ich aus eigener Erfahrung weiss, eine Frage technischer Zweckmässigkeit, ob das Wort rechtswidrig in diesem Sinne einem gesetzlichen Thatbestand beigefügt werde. Fehlt dem Thäter das Bewusstsein, dass seine Handlung gesetzwidrig ist, so ist dies nicht von anderer Bedeutung als bei andern Delikten;

meines Erachtens kommt dem Irrtum über die Gesetzwidrigkeit der Handlung regelmässig keine Bedeutung zu. Wenn dagegen der Thäter irrtümlich annimmt, es liegen Verhältnisse vor, die, wenn sie wirklich vorhanden wären, die Handlung als nicht strafpflichtig erscheinen liessen, so hat der Thäter nicht eine Handlung gewollt, gegen die der Staat strafend einschreiten muss; es kann ihm daher nicht Vorsatz zugerechnet werden. Das ist jedoch keine Besonderheit der Thatbestände, die das Wort „rechtswidrig“ enthalten, sondern es ist ein solcher Irrtum auch bei andern Thatbeständen möglich. Da jedoch der Gesetzgeber das Wort „rechtswidrig“ nur da anwendet, wo die Handlung auch als rechtmässige vorkommt, so wird in solchen Fällen eine irrtümliche Annahme eines Verhältnisses, das die Handlung zu einer rechtmässigen gestalten würde, häufiger sein als bei andern Delikten.

Wenn die Rechtswidrigkeit nicht ein Merkmal des Thatbestandes ist und die Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit sich als Ausnahmen von der Strafpflicht und als Einschränkungen gesetzlicher Thatbestände herausstellen, so sollte man nicht mehr von Gründen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit sprechen; denn diese Bezeichnung hat nur einen Sinn, wenn der gesetzliche Thatbestand die Rechtswidrigkeit voraussetzt und dieses Merkmal einzelnen Handlungen fehlt.

Übrigens sind nicht einmal alle Handlungen, bei denen die Rechtswidrigkeit als ausgeschlossen gilt, rechtmässig. Soweit die Notstandshandlungen nicht auf einem Notrecht beruhen, stehen sie mit den Civilgesetzen im Widerspruch und verpflichten den Thäter zum Schadenersatz. Nicht Mangel der Rechtswidrigkeit kann also die Ausnahme von der Strafpflicht begründen.

Die Notstandshandlung begründet vielmehr deshalb keine Strafpflicht, weil sie das Gemeinwohl nicht in dem Grade verletzt, dass eine Bethätigung der staatlichen Strafgewalt erforderlich ist. Warum das Gemeinwohl durch eine Notstandshandlung in geringerem Grade berührt wird, soll später eingehender dargelegt werden.

Wenn wir nun auch wissen, dass die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit Ausnahmen von der Strafpflicht begründen und die gesetzlichen Thatbestände einschränken, so sind wir noch im unklaren darüber, *aus welchen Gründen* der Gesetzgeber in diesen Fällen die Strafpflicht des Staates verneint und *warum* Verletzungen, die sonst strafpflichtig sind, *ausnahmsweise pflichtmässig, rechtmässig* oder *straflos* erklärt werden.

Es ist möglich, dass der Gesetzgeber von Fall zu Fall durch besondere Erwägungen bestimmt wird, die sonst strafpflichtige Verletzung ausnahmsweise anders zu behandeln; es liegt aber nahe, dass die Gründe des Gesetzgebers sich auf einen *einheitlichen* Grundgedanken zurückführen lassen. Dass dies wirklich der Fall sei, hat schon *Adolf Merkel* vermutet. *Merkel* behandelt in dem 6. Kapitel der ersten Abteilung seines Lehrbuches (S. 156) „Besondere Verhältnisse, welche für die Frage der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit einer Handlung entscheidend sein können". Die hierher gehörigen Thatsachen, führt *Merkel* aus, lassen, von den in § 63 zu besprechenden[1]) abgesehen, eine *gemeinsame Charakterisierung*[2]) insofern zu, als sie mit einer Sachlage zusammenhängen, in welcher den im allgemeinen durch das Strafrecht geschützten Interessen andere gegenüberstehen, um derentwillen die Verletzung jener ausnahmsweise sei es entschuldigt (bezw. besonders milde beurteilt), sei es für rechtmässig erklärt, sei es sogar zur Pflicht gemacht wird. „*Interessenkollisionen* stehen hierbei also in Frage." An anderer Stelle, S. 167, drückt sich *Merkel* so aus: „Es handelt sich hierbei ... um eine ausnahmsweise Preisgebung von Interessen, die sonst geschützt sind, mit Rücksicht auf entgegenstehende Interessen."

Es ist nicht ganz leicht, den Gedanken *Merkels* mit aller Sicherheit zu erfassen, weil Merkel wiederholt von Interessen spricht und nicht angiebt, wen er als *Inhaber* dieser Interessen betrachtet. Wahrscheinlich spricht Merkel hier von den Gegenständen des Strafschutzes und nicht von dem Interesse des Staates an diesen Gütern. Merkel sagt also mit andern Worten: Der Staat giebt in diesen Fällen ein Gut, das er sonst schützt, der Verletzung preis, weil die Rücksicht auf ein anderes Gut diese Preisgabe nötig macht.

Zu der Preisgabe des einen Gutes wird sich der Staat nur entschliessen, wenn er das entgegenstehende Gut höher schätzt und wenn dieses von ihm höher geschätzte Gut nur durch Verletzung des andern Gutes geschützt werden kann. So ergiebt sich nicht nur eine Kollision zwischen dem Interesse des Inhabers des einen Gutes mit dem Interesse des Inhabers des andern Gutes, sondern auch eine Interessenkollision für den Gesetzgeber und den Staat.

Wenn der Staat sich verpflichtet erachtet, *beide* Güter zu schützen, er aber das Gut, das er für wichtiger erachtet, nur durch

[1]) § 63 handelt von der „Einwilligung des Verletzten".
[2]) Von Merkel nicht unterstrichen.

Preisgabe des andern Gutes schützen kann, so befindet er sich in einer wahren Interessenkollision. Ich weiss nicht, ob *Merkel* auch an dieses Verhältnis gedacht hat, vermute aber, dass er nur an die Kollision dachte, die für die Güter und deren Inhaber entsteht. Das scheint mir aber sicher, dass *für den Staat* nicht in allen diesen Fällen eine *Interessenkollision* entsteht. Der Notstand, in dem sich ein Gut befindet, begründet allerdings für den Staat dann eine Interessenkollision, wenn sich die *Notstandshandlung* nicht auf ein Notrecht gründet; denn dann besteht ein Interesse des Staates sowohl an dem gefährdeten Gut, als an dem Gut, durch dessen Verletzung das gefährdete Gut allein gerettet werden kann.

Ist das Interesse des Staates an dem gefährdeten Gut grösser als sein Interesse an dem Gut, durch dessen Verletzung das gefährdete Gut gerettet werden kann, so wird sich der Staat dazu entschliessen, das wichtigere Gut zu schützen und damit das andere Gut der Verletzung preiszugeben.

Dagegen begründet die *Notwehrhandlung* für den Staat keine Interessenkollision, denn indem der Staat den Angegriffenen ermächtigt, Güter des Angreifers zu seiner Verteidigung zu verletzen, anerkennt er, dass er kein Interesse hat, die Güter des Angreifers gegen die Verteidigung des Angegriffenen zu schützen.

Wenn aber der *Staat* Güter eines Schuldigen *zur Strafe* vernichtet, also z. B. an dem Mörder die Todesstrafe vollstrecken lässt, so giebt er nicht sein Interesse an dem Leben des Mörders zu gunsten seines Interesses an dem Strafgüterschutz preis, sondern er bekundet, dass sich sein Interesse an dem Leben des Mörders in ein Interesse an dessen Hinrichtung verwandelt hat.

Dass Merkel lediglich an eine Kollision zwischen den entgegenstehenden Gütern dachte, von denen das eine nur durch Verletzung des andern geschützt werden kann, ergiebt sich aus seinen weitern Äusserungen. Merkel bemerkt S. 157:

„3. Bezüglich solcher Kollisionen ist von der Regel auszugehen, dass wir eine Gefährdung unserer Interessen nicht auf Kosten anderer abwenden sollen. Verletzungen dieser werden im allgemeinen durch das, in einer derartigen Gefährdung liegende, Motiv nicht rechtmässig und nicht entschuldigt. Nur bei der Strafbemessung ist regelmässig die der Handlung zu Grunde liegende Gefahr, je nach ihrer Grösse und nach der Natur der gefährdeten Interessen, in Betracht zu ziehen.

„4. Unter Umständen ist aber, wie schon erwähnt, jenen Kollisionen ein weitergehender Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung gegebener Handlungen und zwar unter verschiedenen Gesichtspunkten eingeräumt.“

Eingehender beschäftigt sich *Rudolf Merkel* in seiner Schrift „Die Kollision rechtmässiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmässigen Handlungen“ [1]) mit dem Kollisionsverhältnis.

Nach Rudolf Merkel, S. 14, besteht die Kollision von Interessen in „einem gegensätzlichen Zusammentreffen zweier Interessen in der Weise, dass die Geltendmachung des einen nur möglich ist auf Kosten des andern“. Damit wird aber das Verhältnis, das in Frage steht, nicht treffend bezeichnet.

Wenn sich die Schiffbrüchigen der Yacht Mignonette entschlossen, den Schiffsjungen zu töten, um sich durch Verzehrung seines Leichnams vom Hungertode zu erretten, so trat das Leben des Schiffsjungen nicht in Kollision mit dem Leben der andern.

Wenn der verirrte Wanderer in ein verlassenes Haus einbricht und sich Obdach und Nahrung verschafft, so kollidiert sein Interesse nicht mit dem Interesse des Eigentümers des Hauses.

Wenn der Spaziergänger dem Strolch, der ihm die Pistole auf die Brust setzt, die Waffe entwindet und ihn dabei verletzt, so ist allerdings ein Streit, eine Kollision entstanden, aber darin, dass sich der Angegriffene des Angreifers nur durch dessen Verletzung erwehren konnte, liegt meines Erachtens keine Interessenkollision.

Noch schwieriger wird es mir, in der Vollstreckung der Strafe an einem Verurteilten eine Interessenkollision zwischen den Interessen des Staates und des Sträflings zu finden.

Eine Interessenkollision liegt meines Erachtens dann vor, wenn mehrere sich um die Befriedigung eines Interesses streiten und nur das Interesse des einen oder der einen befriedigt werden kann, die übrigen aber das Interesse nicht befriedigen können. Zu solchen Interessenkollisionen kann allerdings ein Notstand Veranlassung geben.

Wenn sich mehrere in gemeinsamer Gefahr befinden und die Mittel zur Rettung nur für eine Minderheit der Gefährdeten ausreichen, alle aber ihr Leben oder ihr Gut retten wollen, so entsteht ein Widerstreit von Interessen, eine Interessenkollision. Für eine Schar Schiffbrüchiger ist nur *ein* Kahn da; wer nicht in den

[1]) Strassburg 1895.

Kahn gelangt, ist verloren. Man schlägt sich um den Kahn. Eine Schar Hungernder stützt sich auf einen kleinen Vorrat von Lebensmitteln, der nur für wenige ausreicht; alle wollen den Hunger damit stillen.

Allein es kommt nicht auf den Namen an, mit dem das Verhältnis bezeichnet wird, sondern auf das Verhältnis selbst. Besteht nun das gemeinsame, charakteristische Merkmal der in Frage stehenden Fälle darin, dass ein Gut nur durch Verletzung des andern Gutes erhalten, ein Interesse nur durch Verletzung des andern Interesses geltend gemacht werden kann? Der Notstand weist allerdings dieses Verhältnis auf. Das Verhältnis der Notwehr zeigt schon eine Abweichung, weil das Interesse des Angegriffenen berechtigt ist, das Interesse des Angreifers unberechtigt. Wenn wir die Vollstreckung der Todesstrafe im Sinne haben und sagen, das Interesse des Staates auf Strafgüterschutz kann nur durch Verletzung des Interesses des Verurteilten an seinem Leben geltend gemacht werden, so erscheint uns damit das Verhältnis zwischen Staat und Sträfling gewiss nicht richtig bezeichnet.

Auf die chirurgische Operation passt die Formel gar nicht; denn wenn die Operation auch eine Verletzung sein sollte (was sie nicht ist), so geschieht diese Verletzung nicht „auf Kosten" eines andern Interesses, sondern die Operation dient zum Wohl des Patienten, der „verletzt" wird. Der Patient wird also „auf eigene Kosten", nicht anf „Kosten des andern" geheilt.

Jedenfalls ist damit nur *eine* Seite des Verhältnisses gekennzeichnet und nicht der Grund aufgedeckt, der den Gesetzgeber bestimmt, die Verletzung als pflichtmässig, rechtmässig oder straflos der Strafpflicht zu entziehen. Das hebt auch *Adolf Merkel*[1]) ausdrücklich hervor, indem er annimmt, es sei jenen Kollisionen unter *verschiedenen Gesichtspunkten* ein Einfluss auf die strafrechtliche Beurteilung eingeräumt. Damit verzichtet er freilich darauf, diese Fälle auf einen einheitlichen gesetzgeberischen Gedanken zurückzuführen.

Nach Merkels Auffassung berücksichtigt der Gesetzgeber[2]):

1. „*Die Stärke der* in solchen Kollisionen sich begründenden *Motive*" oder „Die Macht des der Haudlung zu Grunde liegenden Inseresses".

[1]) Lehrbuch, S. 157 u. ff.

[2]) Es werden hier nur die Momente erwähnt, die Merkel als Gründe ausgeschlossener Rechtswidrigkeit anführt.

Beispiel: Jemand tötet einen andern, um sich aus einer sonst nicht abwendbaren gegenwärtigen Lebensgefahr zu retten.

2. Die Wahrung berechtigter Interessen.

Beispiel: Notwehr, Selbsthülfe, Beleidigung im Falle des § 193, R. St. G. B.

3. Die ordnungsmässige Ausübung eines staatlich zugelassenen und geregelten Gewerbes.

Beispiel: Ärztliche Handlungen.

4. Die Ausübung rechtlicher Befugnisse.

Beispiele: Das Züchtigungsrecht, die Strafen aus dem Prozessrecht für Private und Behörden, obrigkeitliche Befugnisse und Pflichten, militärische Pflichten in Krieg und Frieden.

5. Unter gewissen Voraussetzungen: den Befehl des Vorgesetzten.

Dieser Auffassung möchte ich die folgende gegenüberstellen.

Wenn der Gesetzgeber in gewissen Fällen eine Verletzung, die er sonst strafpflichtig erklärt, anordnet, zulässt oder ausdrücklich von der Strafpflicht ausnimmt, so kann dies nur darin seinen Grund haben, dass diese Handlungen für das Gemeinwohl eine andere Bedeutung haben als die strafpflichtigen Verletzungen.

Gebietet der Gesetzgeber eine verletzende Handlung, so muss diese Verletzung dem Gemeinwohl nicht schädlich, sondern nützlich sein; *erlaubt* der Gesetzgeber eine verletzende Handlung, so darf angenommen werden, dass sie mit dem Gemeinwohl vereinbar ist; erklärt der Gesetzgeber eine verletzende Handlung als straflos, so wird sie für das Gemeinwohl mindestens erträglich sein. Was verleiht diesen verletzenden Handlungen nun eine solche Bedeutung für das Gemeinwohl? Es ist dies meines Erachtens *die Zweckbestimmung der Handlung, die sie in den Dienst des Güterschutzes stellt.* Die Formel: *Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung* erklärt nicht nur das Wesen der Strafe, sondern auch die Natur der Fälle sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit. Ist die Verletzung durch den Zweck des staatlichen Güterschutzes geboten, so ist die Verletzung pflichtgemäss. Ist die Verletzung durch den Zweck des privaten Güterschutzes nach Auffassung des Gesetzgebers gerechtfertigt, so ist sie rechtgemäss. Verliert die Verletzung durch den Zweck des privaten Güterschutzes ihren gemeinschädlichen (antisocialen) Charakter, so begründet sie für den Staat keine Strafpflicht. Dabei wird vorausgesetzt, dass der Zweck des Güterschutzes nur durch die verletzende Handlung erreicht werden konnte.

Wenn die verletzende Handlung durch ihre Zweckbestimmung der Strafpflicht des Staates entzogen wird, so folgt daraus, dass die verletzende Handlung insoweit und nur insoweit pflichtmässig, rechtmässig oder nicht strafpflichtig ist, als die Verletzung wirklich im Dienste des Güterschutzes steht. Soweit eine verletzende Handlung nicht auf dieser Zweckbestimmung beruht, besteht kein Grund, sie anders zu behandeln, als andere verletzende Handlungen.

Zu den verletzenden Handlungen, die mit Rücksicht auf den Zweck des Güterschutzes, dem sie dienen, nicht strafpflichtig sind, gehören namentlich folgende:

Verletzende Handlungen, die zur Durchführung des staatlichen Güterschutzes notwendig sind, also vor allem die *Strafvollstreckungen*.

Soweit der Gesetzgeber die Strafgewalt des Staates weiter ausdehnt, als der Zweck des Güterschutzes es notwendig macht, ist die Strafgewalt des Staates zwar gesetzmässig, aber innerlich haltlos und willkürlich. Die formelle Strafpflicht entspricht dann nicht der materiellen Strafpflicht.

Der Strafgesetzgeber soll sich daher bewusst sein, dass die Verletzungen, die er zur Strafe anordnet, ihrem Wesen nach Unrecht sind, wenn der Zweck des staatlichen Rechtsgüterschutzes diese strafenden Verletzungen nicht notwendig macht.

Was für die *Strafe* gilt, gilt ebenso für die *Disciplinarstrafe* und für die *Eingriffe der Kriminalpolizei,* des Staatsanwaltes und der Untersuchungsbehörde in die Freiheit und in andere Güter Verdächtiger. Auch die Eingriffe, welche die *Zwangsvollstreckung* mit sich bringt, beruhen auf der nämlichen Zweckbestimmung.

Ob sich der Staat zur Ausführung der verletzenden güterschützenden Handlung eines Beamten oder Bediensteten bedient oder dieselbe gelegentlich einem Bürger auferlegt, ist nicht wesentlich.

Der grossartigste und schrecklichste durch Güterverletzung geübte staatliche Güterschutz ist der *Krieg*. Die Vernichtung und Verletzung menschlichen Lebens und anderer Güter wird hier von Hunderttausenden als berufsmässige Kunst betrieben. Allein nur da, wo der Krieg das einzige Mittel ist, das Land zu schirmen und zu schützen, gründen sich die kriegerischen Schädigungen auf ein Gebot des öffentlichen Wohls. Ein leichtsinnig und ohne Not erklärter Krieg bedeutet eine unendliche Zahl von Tötungen, Körperverletzungen, Schädigungen aller Art, welche der Landesschutz nicht erforderte und die daher des Grundes entbehren, der sie allein rechtfertigen kann.

Für die *Notwehr* und die Fälle der *berechtigten Selbsthülfe*, sowie für die Beleidigung im Sinne des § 193, R. St. G. B., anerkennt auch Merkel die Wahrnehmung berechtigter Interessen, also den Güterschutz, als den Grund, der die verletzende Handlung rechtfertigt. Weniger deutlich zeigt sich die Güterverletzung als Güterschutz in der Ausübung der Erziehungs- und der Zuchtgewalt, dem sogenannten Züchtigungsrecht. Denn es liegt nahe, die Zweckbestimmung einer Züchtigung in der Besserung des Gezüchtigten zu erblicken.

Sobald sich jedoch die Züchtigung als eine verletzende Handlung darstellt, die sonst strafpflichtig ist, so besitzt die Züchtigung Strafnatur und sie steht wenn auch nicht im Dienste des staatlichen Güterschutzes, so doch im Dienste des Schutzes idealer Güter engerer menschlicher Kreise, so namentlich der Familie und der Schule.

Gehören auch Verletzungen hierher, die man gewöhnlich durch ein *berufliches* oder *gewerbliches Recht* rechtfertigt? Der wichtigste Fall ist die *chirurgische Operation.*

Gewiss ist die operative Behandlung eine wichtige Form des Gesundheitsschutzes, also des Güterschutzes, und es kann auch nicht in Abrede gestellt werden, dass die Operation das äussere Bild einer Körperverletzung bietet. Allein es handelt sich hier nicht darum, ein Gut durch Verletzung eines *andern* Gutes zu schützen, vielmehr wird die Gesundheit eines Menschen durch einen Einschnitt in seinen *eigenen* Körper geschützt. Dieser Einschnitt ist daher nur äusserlich verletzend, in Wahrheit aber heilend, lindernd, mit einem Wort dem Zustand des Operierten angemessen.

Auch die *Notstandshandlung* steht im Dienste des Güterschutzes. Der Thäter verletzt das Gut eines andern, weil dies das einzige Mittel ist, sein (oder eines andern) Gut zu retten. Je wichtiger das gerettete Gut gegenüber dem aufgeopferten ist, desto begründeter erscheint uns die verletzende Rettungshandlung auch von einem allgemeinen Standpunkte aus. Es wäre thöricht, mein Leben, das ich einzig durch eine Schädigung fremden Gutes retten kann, nicht durch diese Verletzung zu erhalten. Der Gesetzgeber sollte für solche Fälle die Verletzung fremden Gutes mit der Auflage *erlauben*, dass der Verletzende den Schaden vergüte, den er durch sein Handeln verursacht. Dieser Anforderung entspricht in der Hauptsache § 904 (§ 228) des deutschen bürgerlichen Gesetzbuches. Für die Fälle, in denen der Gesetzgeber die Notstandshandlung nicht durch ihre Zweckbestimmung als *gerechtfertigt* erachtet, wird doch die *Strafpflicht* dann auszuschliessen sein, wenn dem Handelnden

den Umständen nach nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut preiszugeben.[1]) Ob dem Handelnden zugemutet werden kann, das Gut preiszugeben, wird allerdings zumeist von der Bedeutung des in Frage stehenden Gutes und seinem Verhältnis zu dem andern Gut abhängen, aber doch nicht ausschliesslich.

Wenn jemand eine Person, die unter seinem Schutze steht, in einer Gefahr aufopfert, um sein eigenes Leben zu retten, so ist eine solche Rettung schändlich und sie verdient keine Rücksicht. Wenn das russische Elternpaar dem Rudel Wölfe, das sie auf der Fahrt verfolgte, ein Kind nach dem andern vorwarf, um sein eigenes Leben zu retten, so ist das kein Rechtsgüterschutz durch Rechtsgüterverletzung, der sich mit dem Gemeinwohl verträgt.

Dass Verletzungen, die auf *Befehl* eines Vorgesetzten oder mit Einwilligung des Verletzten ausgeführt werden, von dem Gesetzgeber nicht mit Rücksicht auf die güterschützende Zweckbestimmung der Verletzung straflos gelassen werden, liegt auf der Hand.

Die Straflosigkeit des verletzenden strafpflichtigen Handelns beruht hier nicht darauf, dass die auf Befehl vorgenommene Verletzung eines Gutes durch dieses Verhältnis eine andere Bedeutung für das Gemeinwohl gewinnt, die Verletzung bleibt nach wie vor dem Gemeinwohl schädlich, aber das Pflichtverhältnis, in dem der Thäter zu dem Vorgesetzten steht, entschuldigt den Thäter.[2])

Gewiss kommt auch der „Einwilligung des Verletzten" ein Einfluss auf die Gestaltung der Strafpflicht zu. Doch wird dieser Einfluss meist nicht richtig aufgefasst.

Gewisse Verletzungen von Gütern berühren das öffentliche Wohl nur insofern, als damit in die Rechtssphäre einer Person wider Recht eingegriffen wird. Der Staat hat kein Interesse, dass dieser oder jener Vermögensgegenstand nicht zerstört oder beschädigt werde, oder dass er im Besitz der nämlichen Person bleibe, aber er hat ein Interesse daran, dass der Besitz des Gegenstandes dem Berechtigten nicht durch Gewalt, List oder Betrug entzogen werde. In solchen Fällen schliesst die Einwilligung des Verletzten zu der Verletzung die Strafpflicht des Staates aus.

---

[1]) So der schweizerische Entwurf, § 20.

[2]) Vgl. *Van Calker*, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891, S. 11 ff. Van Calker bezeichnet den Befehl als „einen *persönlichen* Schuldausschliessungsgrund für den Gehorchenden".

In andern Fällen handelt es sich nicht nur darum, Verletzungen zu bekämpfen, die einem Gute gegen den Willen seines Inhabers zugefügt werden, dann nämlich, wenn das Gemeinwohl an der Unverletzlichkeit eines Gutes ein selbständiges Interesse besitzt. So hat der Staat z. B. ein Interesse daran, dass nicht Menschen ohne Not getötet, an der Gesundheit oder am Körper verletzt, oder dass Unmündige, Geisteskranke und Geistesschwache nicht geschlechtlich missbraucht werden.

Welche Güter unabhängig von dem Willen ihres Inhabers staatlichen Strafschutzes teilhaftig werden sollen, lässt sich nicht nach der Beschaffenheit des Gutes entscheiden. Namentlich ist die Unterscheidung in veräusserliche und unveräusserliche Güter zumal gegenwärtig nicht verwendbar. Denn der Gesetzgeber fühlt sich verpflichtet, nicht nur unveräusserliche Güter ohne Rücksicht auf die Einwilligung des Verletzten zu schützen, sondern auch Güter, deren Veräusserlichkeit zweifellos ist.

Der Staat schützt in neuester Zeit den Schwachen und Armen gegen verletzende Handlungen, die sich insbesondere gegen sein Vermögen oder seine geschlechtliche Freiheit richten, und zu denen er eingewilligt hat. Die Verteidigung des Verletzenden, „er war ja einverstanden", gilt nicht mehr.

Dieser *sociale* Gedanke der modernen Strafgesetzgebung zeigt sich namentlich in den Strafbestimmungen gegen *Ausbeutung* des Vermögens der Arbeitskraft und der geschlechtlichen Freiheit des Arbeiters und der Arbeiterin, und des wirtschaftlich Schwachen überhaupt. Es handelt sich also hier nicht um Ausnahmen von der Strafpflicht in dem Sinne, dass Verletzungen, die regelmässig strafpflichtig sind, ausnahmsweise keine Strafpflicht begründen, sondern um Verhältnisse, welche auf den Umfang und den Inhalt der Strafpflicht einwirken.

Aus diesen Erörterungen ergiebt sich, dass *die Zweckbestimmung des Güterschutzes ein einheitlicher Grund* ist, der den Gesetzgeber bestimmt, verletzende Handlungen, die er sonst als strafpflichtig erklärt, zu gebieten, zu erlauben oder straflos zu erklären, und also in jedem solchen Falle die Strafpflicht des Staates auszuschliessen. Man kann von *Verletzungen* sprechen, *die mit Rücksicht auf ihre Zweckbestimmung zum Güterschutz nicht strafpflichtig sind.*

Damit dürfte der Nachweis erbracht sein, dass die güterschützenden Verletzungen weder eine *materielle* noch eine *formelle Strafpflicht* des Staates begründen. Die Voraussetzungen einer materiellen Strafpflicht fehlen; denn der Staat hat kein Interesse daran, ein Gut gegen Verletzungen zu schützen, die mit dem Gemeinwohl vereinbar sind oder die das Gemeinwohl geradezu erheischt. Solchen güterschützenden Verletzungen gegenüber erscheint daher das verletzte Gut nicht als *Rechts*gut, d. h. nicht als Gegenstand des Strafschutzes. Auch *ethisch* unterscheiden sich die güterschützenden Verletzungen durchaus von den deliktischen Verletzungen; doch wird das ethische Moment bei der Beurteilung von Notstandshandlungen zu wenig berücksichtigt.

Wenn die güterschützenden Verletzungen ihrer Natur nach aus dem Strafrecht ausscheiden, so würde es auffallend sein, wenn sie der Gesetzgeber unter die mit Strafe bedrohten Handlungen aufnehmen würde, und er es dem Richter überlassen würde, die Straflosigkeit des Thäters wegen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit herbeizuführen. So ist jedoch die Strafgesetzgebung nicht aufzufassen. Der Strafgesetzgeber denkt nicht daran, die güterschützenden Verletzungen seiner Strafpflicht auch nur formell zu unterwerfen; die gesetzlichen Thatbestände dürfen nicht auf diese güterschützenden Verletzungen bezogen werden. Nur eine äusserliche, das Wesen des Strafrechts verkennende Auslegung wird darauf bestehen, dass die gesetzlichen Thatbestände buchstäblich und ohne Rücksicht auf die Ausnahmen, die sich aus andern Gesetzesstellen ergeben, verstanden werden.

Die interkantonale Vereinbarung zum Schutze Geisteskranker.

Mitteilung

von

Prof. Dr. *W. von Speyr,*
Direktor der Anstalt Waldau bei Bern.

In dieser Zeitschrift sind die ersten Vorarbeiten zu einem schweizerischen Irrengesetz abgedruckt, nämlich der von Prof. Forel ausgearbeitete Entwurf zu einem Irrengesetz [1]) und die Fassung, welche der Verein schweizerischer Irrenärzte am 27. Oktober 1895 diesem Entwurfe gab. [2])

Dieser Vereinsentwurf, „Grundsätze für ein Bundesgesetz zum Schutze der Geisteskranken“, wurde dem Bundesrat und den kantonalen Regierungen, sowie der Presse mitgeteilt.

Der Verein überzeugte sich jedoch, dass ein Bundesgesetz zum Schutze der Geisteskranken einstweilen nicht zu erlangen sei; er entschloss sich daher, eine interkantonale Vereinbarung zum Schutze Geisteskranker anzustreben. Zu diesem Zwecke ersuchte der Verein den Bundesrat und die Kantonsregierungen, sich an einer von dem Vereine zu veranstaltenden Besprechung einer interkantonalen Vereinbarung vertreten lassen zu wollen. Die Anregung fand günstige Aufnahme. An der Konferenz, die am 5. März 1897 unter dem Vorsitze von Prof. Dr. August Forel in Zürich abgehalten wurde, waren die Kantone Aargau, Appenzell A.-Rh., Baselland, Baselstadt, Bern, Glarus, Graubünden, Luzern, Schaffhausen, Solothurn, St. Gallen, Thurgau und Zürich vertreten. Der Abgeordnete des Bundesrates war verhindert, zu erscheinen. Einige Kantone hatten um Mitteilung des Protokolls über die Verhandlungen ersucht.

Um die Beratung der Konferenz auf einige wichtige Hauptpunkte zu beschränken und damit ein allgemeines Einverständnis zu erleichtern, legte der Verein der Versammlung folgenden kurzgefassten Entwurf vor, den er am Vorabend der Versammlung angenommen hatte.

[1]) VI. Jahrgang, 1893, S. 313.
[2]) VIII. Jahrgang, 1895, S. 340.

Grundzüge einer interkantonalen Vereinbarung für den Schutz der Geisteskranken.

I.

Es wird der Schutz und die Aufsicht sämtlicher Geisteskranker erstrebt, welche:
- *a) in öffentlichen oder privaten Anstalten verpflegt werden;*
- *b) aus solchen Anstalten als „nicht geheilt" entlassen werden und deshalb der privaten Pflege überlassen werden müssen (solange sie nicht geheilt sind);*
- *c) bevogtet oder almosengenössig sind;*
- *d) sie von sich aus begehren.*

II.

Die Kantone des Schutzgebietes ernennen zu diesem Zweck einen fachmännisch gebildeten, irrenärztlich erfahrenen Inspektor und versehen denselben mit dem notwendigen Hülfspersonal und mit einem juristisch gebildeten Beirat. Der Inspektor darf keinen andern Beruf treiben, wird zu bestimmten Inspektionen sämtlicher unter I genannten Kranken verpflichtet und hat regelmässige Jahresberichte, sowie ausserordentliche Berichte in besonderen Fällen an die bezüglichen kantonalen Aufsichtsstellen zu erstatten und Anträge zu stellen.

Der Geist und die Richtung seiner Thätigkeit sind durch „die Grundsätze für ein Bundesgesetz zum Schutze der Geisteskranken", wie sie im Verein schweizerischer Irrenärzte aufgestellt worden sind, gegeben.

III.

Um die Thätigkeit des Inspektors zu ermöglichen, sind die Direktionen sämtlicher öffentlichen und privaten Anstalten des Schutzgebietes, welche Geisteskranke verpflegen, sowie sämtliche Armenpflegen und Waisenämter verpflichtet, Aufnahmen von Geisteskranken, resp. deren Bevogtigung oder Almosengenössigkeit in einer näher zu regulierenden Weise anzuzeigen. Die Vorstände der Anstalten sind ausserdem gehalten, die Entlassungen im Sinne von I, litt. b, zur Kenntnis des Inspektors zu bringen.

IV.

Im übrigen wird die unmittelbare Aufsicht über die Geisteskranken und ihre Pflege wie bisher durch die bezüglichen Regierungsorgane, Aufsichtskommissionen und sonstigen zuständigen Behörden der einzelnen Kantone geführt. Das Gleiche gilt selbstverständlich auch von den ärztlichen Direktionen und Verwaltungsorganen der Anstalten, sowie von den kantonalen gesetzlichen Bestimmungen, welche durch das geschaffene Inspektorat unberührt bleiben.

Dagegen ist das Inspektorat verpflichtet, seine Vorschläge über Reformen und Verbesserungen in der Verpflegung und Behandlung der Geisteskranken, sowie über die gesetzliche Regelung des Irrenwesens, ebenso wie alle aufgefundenen Missstände rücksichtslos den Kantonsregierungen zu unterbreiten.

V.

Sämtliche Geisteskranke und deren Angehörige haben das Recht, Beschwerden über Verpflegung und Behandlung oder Beurteilung der Geisteskranken beim Inspektorat zu führen.

Dieser Entwurf beruht auf den nämlichen Grundsätzen, wie der Entwurf zu einem schweizerischen Irrengesetz; dagegen erforderte die interkantonale Regelung der Angelegenheit eine neue Organisation. An Stelle der Aufsichtskommission ist ein interkantonaler Inspektor mit einem juristisch gebildeten Beirat getreten. Dem Inspektor wurde nur ein Antrags- und Vorschlagsrecht zugestanden, so dass die Entscheidung den kantonalen Behörden verbleibt. Eine Vereinbarung wurde auch dadurch erzielt, dass der Kreis der dem Inspektorat unterstellten Personen auf Geisteskranke beschränkt wurde, deren geistige Störung bei ihrer Aufnahme in eine Anstalt oder anlässlich ihrer Bevormundung oder ihrer Unterstützung aus öffentlichen Mitteln festgestellt worden ist. Wesentlich ist, dass die Geisteskranken durch eine fachmännische Behörde beaufsichtigt werden.

Ist die Inspektion der Geisteskranken einmal noch so bescheiden eingeführt, so wird sie sich selbständig entwickeln. Die Zahl der beaufsichtigten Geisteskranken wird wachsen; die Behörde wird sich kräftigen und ausdehnen, ihre Kompetenzen werden durch die Praxis befestigt und geregelt werden.

Die „Grundzüge“ wurden von der Konferenz günstig beurteilt, wie sich aus folgenden Äusserungen ergiebt

Herr Regierungsrat *Fahrländer* (Aargau): Die Irrenärzte verdienen für ihre Vorschläge Dank. Ich begrüsse sie sympathisch. Reformen sind nötig. Ich nenne als Beispiel nur die Bestimmung der Entlassung von Geisteskranken aus Irrenanstalten. Im Aargau sind die Vorschläge ohne Gesetz durchzuführen.

Herr Regierungsrat *Schmid* (Graubünden): Die Vorschläge sind zu begrüssen. Noch mehr aber die Reduktion der Grundzüge. Das Graubündner Volk fürchtet im allgemeinen die Inspektoren, und es müsste befragt werden. Auch die Kosten sind derart, dass man wohl besser zuerst die zu kleine Irrenanstalt erweitert.

Herr Regierungsrat *Iselin* (Baselstadt): Ein Inspektorat ist nötig, und zwar ein fachmännisches. Sonst wird uns am Ende ein wenig zweckdienliches, nicht fachmännisches aufgedrungen.

Herr Regierungsrat *Glaser* (Baselland): Die Vorschläge entsprechen einem Ideal. Aber müssen die Kantone, die noch keine Irrenanstalt haben, nun gleich eine bauen? Ohne ein Gesetz mit Strafbestimmungen kommt man schwerlich aus. Es ist fraglich, ob das Volk ein solches annimmt.

Herr Regierungsrat *Kreis* (Thurgau): Die „Grundzüge“ fordern nichts Übertriebenes. Das Inspektorat ist vielleicht auf dem Verordnungswege einzuführen. Aber so sehr das Ganze zu begrüssen ist, so ist seine Annahme durch das Volk nicht sicher.

Herr Regierungsrat *Hänggi* (Solothurn): Ein eidgenössisches Gesetz ist unmöglich. Aber die „Grundzüge“ sind praktisch. In Solothurn ist dafür keine Gesetzesänderung nötig. Die Regierung hat jetzt schon die meisten notwendigen Kompetenzen.

Herr Regierungsrat *Ruckstuhl* (St. Gallen): Die st. gallische Gesetzgebung besitzt schon allgemeine Bestimmungen auf diesem Gebiete. Dennoch ist die Vor-

lage zu begrüssen. Doch muss ein Gesetz erlassen und dem Referendum unterstellt werden.

Herr Regierungsrat *Kläy* (Bern): Die Idee ist gesund. Der Staat hat das Recht, in dieser Weise für seine Kranken zu sorgen. In Bern ist wohl ein Gesetz nötig. Aber der Mutz erschrickt nicht so rasch vor einem Inspektor. Er hat schon vielerlei Inspektoren und fährt damit gut.

Herr Sanitätsrat Dr. *Keller* (Zürich): Zürich bedarf nur einer Anregung an den Regierungsrat, um den Anforderungen des Vereins ganz zu entsprechen. Ein neues Gesetz ist unnötig. Das Recht zur Aufsicht ist bereits vorhanden.

Herr Regierungsrat *Hug* (Schaffhausen): Die Sache gefällt. Ob aber Grosser Rat und Volk auch so denken, weiss ich noch nicht. Gesetz und Referendum erscheinen nötig.

Herr Landesstatthalter *Schindler* (Glarus): Glarus tritt einem Konkordat einstweilen kaum bei, denn es hat noch keine Anstalt, und seine Kranken sind auswärts versorgt.

Herr Regierungsrat *Vogel* (Luzern): Das luzernische Irrenwesen ist gut geregelt. Anstaltsbedürftige Geisteskranke sind nicht in Privatpflege, und das Reglement der öffentlichen Anstalt St. Urban stimmt heute schon im wesentlichen mit den Vorschlägen. Der Grosse Rat kann es ganz in Einklang bringen.

Herr Regierungsrat *Lutz* (Appenzell A.-Rh.): Appenzell will erst eine Anstalt bauen, lehnt aber nicht ab, wenn eine interkantonale Regelung möglich ist.

Zum Schlusse wurde eine Kommission bestellt mit dem Auftrag, den Text der Vereinbarung endgültig festzustellen.

In diese Kommission wählten die Abgeordneten der Regierungen die Herren Fahrländer (als Präsidenten), Kläy, Ruckstuhl, Schmid und Vogel und der Verein schweizerischer Irrenärzte seinen Vorsitzenden, Herrn Prof. Forel, und seinen Referenten, Prof. v. Speyr.

Die Kommission einigte sich im wesentlichen auf die „Grundzüge“, jedoch wurde der juristische Beirat des Inspektors gestrichen. Der Inspektor soll sich bei einer kantonalen Justizstelle Rats in Rechtssachen erholen, was einfacher und praktischer ist und nichts kostet.

So dürften nun die jährlichen Kosten des Inspektorats etwa 12 bis 13,000 Fr. betragen, damit ist der Gewinn, der mit diesem Institut erzielt wird, gewiss nicht teuer erkauft.

In einer zweiten Sitzung der Kommission, die am 26. Juni 1897 in Zürich stattfand, erhielt die Vereinbarung folgende Fassung:

Vereinbarung

zwischen den Kantonen ....

zum Schutze der Geisteskranken.

Art. 1.

Die vertragschliessenden Kantone bestellen zum Schutze und zur Beaufsichtigung der Geisteskranken ein fachmännisch gebildetes und erfahrenes Inspektorat, welchem ein Sekretär zur Verfügung beigegeben wird.

Art. 2.

Diese Beaufsichtigung durch ein Inspektorat erstreckt sich auf sämtliche Geisteskranke, die

a) in öffentlichen oder privaten Anstalten verpflegt werden,

b) aus solchen Anstalten als nicht geheilt entlassen und deshalb der privaten Pflege überlassen werden,

c) bevogtet sind oder öffentlich unterstützt werden,

d) sie von sich aus begehren.

Art. 3.

Die kantonalen Behörden sorgen dafür, dass dem Inspektor die Namen und der Aufenthalt aller im Kanton befindlichen in Art. 2, litt. a—d, angeführten Geisteskranken mitgeteilt werden.

Art. 4.

Der Inspektor wird von den vertragschliessenden Kantonen ernannt und hat sich ausschliesslich der ihm übertragenen Aufgabe zu widmen.

Art. 5.

Seine Wahl, die Festsetzung seiner Besoldung und der des Sekretärs, sowie der Erlass eines Reglementes erfolgen durch eine Delegation der vertragschliessenden Kantone, wozu jeder derselben zwei Mitglieder abordnet.

Art. 6.

Die Besoldungen und die übrigen Kosten des Inspektorats werden im Verhältnis ihrer Bevölkerungszahl auf die einzelnen Kantone verteilt.

Art. 7.

Für die Begutachtung der in Betracht kommenden rechtlichen Verhältnisse bezeichnet jeder Kanton eine bestehende Amtsstelle, an die sich der Inspektor im gegebenen Falle zu wenden hat.

Art. 8.

Dem Inspektor liegt ob:

1. Die in den vertragschliessenden Kantonen befindlichen Irrenanstalten, sowie die in Art. 2, litt. b—d, genannten Kranken mindestens in den vom Reglement festzusetzenden Zeiträumen zu besuchen und über seinen jeweiligen Befund an die betreffende Kantonsregierung Bericht zu erstatten.

2. Alle von Geisteskranken oder von dritter Seite an ihn gelangenden Beschwerden, namentlich auch solche über Verpflegung und Behandlung zu prüfen und zu Handen der betreffenden Kantonsregierung seine Anträge zu stellen.

Der endgültige Entscheid bleibt in allen Fällen den kantonalen Behörden vorbehalten, deren Kompetenzen durch die gegenwärtige Vereinbarung in keiner Weise berührt werden.

3. Der Inspektor erstattet jährlich über seine Thätigkeit den vertragschliessenden Regierungen einen einlässlichen Bericht.

Art. 9.

Die bisherige unmittelbare Aufsicht über die Geisteskranken durch die Regierungsorgane und die Aufsichtskommissionen, sowie die kantonalen gesetzlichen Bestimmungen über Organisation und Verwaltung der Irrenanstalten werden durch diese Vereinbarung in keiner Weise berührt.

Diese Vereinbarung wird in Kraft erwachsen, nachdem sie von den beteiligten Kantonen angenommen worden ist.

Die Kommission hat den kantonalen Regierungen den Beitritt zu der Vereinbarung unter ausführlicher Begründung empfohlen

Das Züchtigungsrecht des bernischen Lehrers.

Von

Carl Stooss.

Das Centralkomitee des bernischen Lehrervereins ersuchte den Grossen Rat des Kantons Bern in einer Eingabe vom 17. November 1897, er möchte das Schulgesetz in Bezug auf die Berechtigung des Lehrers zur Ausübung der Körperstrafe authentisch interpretieren.

Der Grosse Rat trat auf dieses Gesuch in seiner Sitzung vom 18. Mai 1897 nicht ein, nachdem sowohl eine Mehrheit als eine Minderheit des Regierungsrates eine authentische Auslegung des Schulgesetzes nicht für statthaft erachtete.

Trotz dieser äusseren Übereinstimmung trat sowohl in den Äusserungen des Regierungsrates als in den Verhandlungen des Grossen Rates eine grundsätzliche Meinungsverschiedenheit darüber zu Tage, ob dem bernischen Lehrer das Recht zustehe, einen Schüler körperlich zu züchtigen.

Es handelt sich hier nicht darum, die Gesetzgebungsfrage zu entscheiden, sondern zu untersuchen und festzustellen, ob dem Lehrer nach bernischem Rechte das Recht zusteht, den Schüler körperlich zu züchtigen.

Das bernische Strafgesetzbuch, das am 1. Januar 1867 in Kraft trat, enthält in Art. 146 eine Bestimmung über den *Missbrauch* des Züchtigungsrechtes:

Art. 146.

Missbrauch des Züchtigungsrechts.

Die Bestimmungen der vorhergehenden Artikel über Misshandlung (Art. 139 u. f.) finden auch gegen diejenigen Anwendung, welche Jemanden durch augenscheinlichen Missbrauch des Züchtigungsrechts an seinem Körper oder an seiner Gesundheit beschädigen.

Besteht der Missbrauch des Züchtigungsrechts darin, dass der Untergebene auf eine seiner Gesundheit nachteilige oder sonst auf eine der Natur der Sache nach unerlaubte Weise eingesperrt wird, so wird der Schuldige bestraft:

1) *mit Gefängnis bis zu sechzig Tagen, wenn die Einsperrung nicht länger als dreissig Tage gedauert hat;*
2) *mit Korrektionshaus bis zu vier Jahren, wenn sie länger gedauert hat.*

Der französische Text dieser Gesetzesstelle stimmt mit dem deutschen nicht wörtlich überein. Er ist so gefasst:

Art. 146.

Abus du droit de correction.

Quiconque aura évidemment abusé du droit de correction qui lui compète, en exerçant sur une personne placée sous son autorité des voies de fait nuisibles à son corps ou à sa santé, sera puni des peines prévues par les art. 139 et suivants.

Lorsque l'abus du droit de correction consistera dans une séquestration préjudiciable à la santé du subordonné, ou excédant en mesure permise, le coupable sera puni:

1° *d'un emprisonnement qui ne dépassera pas soixante jours, si la séquestration n'a pas duré plus d'un mois; et*

2° *de quatre ans au plus de détention, si la privation de la liberté a eu une plus longue durée.*

Der Unterschied der beiden Texte besteht darin, dass die deutsche Fassung den augenscheinlichen Missbrauch des Züchtigungsrechtes als strafbar erklärt, während die französische Fassung denjenigen mit Strafe bedroht, der das Züchtigungsrecht, das ihm zusteht (qui lui compète), augenscheinlich missbraucht. Ein sachlicher Unterschied ergiebt sich aus dieser Verschiedenheit der beiden Fassungen nicht. Doch bringt der französische Text den Gedanken deutlicher zum Ausdruck, dass einzelnen Personen ausnahmsweise die gesetzliche Befugnis zusteht, einen „Untergebenen" thätlich und durch Entziehung der Freiheit zu züchtigen. Das Strafgesetz begründet solche Züchtigungsrechte nicht, es setzt ihr Bestehen voraus; es bestimmt auch nicht die Grenzen dieser Befugnis, sondern setzt voraus, dass diese anderweitig festgestellt seien.

Welchen Personen zur Zeit des Erlasses des bernischen Strafgesetzbuches ein Züchtigungsrecht zustand, dessen Missbrauch nach Art. 146 eine Strafpflicht für den Staat begründet, ergiebt sich aus dem Strafgesetzbuch nicht und soll sich nicht daraus ergeben. Erachtet es der Staat für geboten, einzelnen Personen das Recht zu gewähren, einen Menschen körperlich zu züchtigen oder einzusperren, so stellt er dies in den Gesetzen fest, welche die Verhältnisse regeln, auf denen das Züchtigungsrecht beruht.

Wenn übrigens auch der Missbrauch des Züchtigungsrechtes nicht ausdrücklich als strafpflichtig erklärt worden wäre, so würde schon aus allgemeinen Grundsätzen folgen, dass Misshandlungen, die das Gesetz mit Strafe bedroht, nur dann und insoweit von der Strafpflicht ausgenommen sind, als der Gesetzgeber solche Ausnahmen in dem Strafgesetze selbst (z. B. für Notwehr und Notstand) oder in andern Gesetzen begründet.

Wem stand nun zur Zeit des Erlasses des bernischen Strafgesetzbuches ein Züchtigungsrecht zu?

Kein Zweifel besteht darüber, dass Satzung 155 des bernischen Civilgesetzbuches den Eltern ein Züchtigungsrecht giebt:

„Die Aeltern sind befugt, ein ungehorsames Kind, das weder durch Ermahnungen noch durch erlaubte, seiner Gesundheit unnachteilige Züchtigungs-Mittel zum Gehorsam angehalten werden kann, mit Bewilligung Unseres Kleinen Raths auf eine bestimmte oder unbestimmte Zeit, die jedoch nie länger als zwey Jahre dauern und sich nie über das Alter der Volljährigkeit hinaus erstrecken darf, auf ihre Kosten an einem öffentlichen Enthaltungsort einsperren zu lassen.“

Damit wird ein Züchtigungsrecht der Eltern gegenüber dem Kinde, das in ihrer Gewalt steht, ausdrücklich anerkannt und es wird auch der Umfang dieses Züchtigungsrechtes bestimmt. Die Züchtigung darf der Gesundheit des Kindes nicht nachteilig sein. Ein Missbrauch des Züchtigungsrechtes, der nach Art. 146 des Strafgesetzbuches zu bestrafen ist, liegt also stets dann vor, wenn die Eltern ein Kind so züchtigen, dass die Züchtigung seiner Gesundheit nachteilig ist. Eine für das Kind gesundheitsschädliche Züchtigung ist nicht Ausübung des Züchtigungs*rechtes,* sondern strafbare Misshandlung.

Hierher gehört auch die Befugnis der Vormünder, gegen den Vögtling mit Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde gelinde

Zwangsmittel anzuwenden (Satzung 254, Civilgesetzbuch). *König*[1]) bemerkt: „Unter gelinden Zwangsmitteln sind nicht nur Schmälerung des Taschengeldes etc. verstanden, sondern unter Umständen und je nach dem Alter des Pflegbefohlenen auch die Birkenrute und der Haselstock.“ Da die Anwendung gelinder Zwangsmittel nur mit Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde berechtigt ist, so steht demgemäss dem Vogt ein selbständiges Züchtigungsrecht, das durch Anwendung von Zwangsmitteln geltend gemacht würde, überhaupt nicht zu. Prügelt ein Vogt den Vögtling ohne Ermächtigung der Vormundschaftsbehörde und erscheint diese Züchtigung ihrer Natur nach als Misshandlung, so ist der Vogt wegen Misshandlung zu bestrafen. Das Züchtigungsrecht hat er nicht überschritten, weil ihm ein Züchtigungsrecht nicht zustand.

Ob dem Lehrer ein Züchtigungsrecht gegenüber dem Schüler zusteht, ergiebt sich daher nicht aus dem Strafgesetzbuch, sondern aus andern Quellen. Ist dasselbe in der bernischen Gesetzgebung nicht anerkannt, so besteht es nicht. Doch würde daraus keineswegs folgen, dass der Lehrer den Schüler nicht strafen darf, sondern nur, dass er nicht eine Handlung vornehmen darf, die im Gesetze mit Strafe bedroht ist.

Das Centralkomitee des bernischen Lehrervereins hat in den Verhandlungen des Grossen Rates keine Andeutung gefunden, „dass man das Züchtigungsrecht ausschliesslich nur den Eltern einräume“.

Diese Bemerkung verrät eine unrichtige Rechtsanschauung des Lehrervereins. Dem Lehrer steht nur dann ein Recht zu, eine sonst mit Strafe bedrohte Handlung vorzunehmen, wenn das Gesetz ihm dieses Recht ausdrücklich zugesteht. Giebt es dem Lehrer dieses Recht nicht, so ist der Lehrer für Misshandlungen und mit Strafe bedrohte Thätlichkeiten, die er an den Kindern begeht, in derselben Weise strafbar wie ein anderer Bürger.

Übrigens ist das Züchtigungsrecht bei Beratung des Strafgesetzbuches wirklich zur Sprache gekommen.

Am 11. März 1865 behandelte der Grosse Rat den Entwurf eines bernischen Strafgesetzbuches vom 24. Oktober 1864. Der Berichterstatter Karrer setzte die Ökonomie des Entwurfes in einem Eingangsrapport auseinander, ein Mitglied der Kommission, Dr. Manuel, erläuterte den Standpunkt der Kommission noch etwas näher. Dabei führte er aus[2]):

---

[1]) Kommentar, S. 297.

[2]) Tagblatt des Grossen Rates. Nicht offiziell. Seite 174.

„Als etwas Neues ist im Art. 145 der Missbrauch des Züchtigungsrechtes bestraft. Jeder Hausvater hat das Recht der Züchtigung, ohne dass der Gesetzgeber dagegen einschreitet; allein dieser Artikel musste infolge der öffentlichen Meinung aufgenommen werden, gleich wie die öffentliche Meinung den Gesetzgeber auch gezwungen hat, die Tierquälerei mit Strafe zu bedrohen. Die öffentliche Meinung hat sich in gegenwärtiger Zeit auch mit solchen Dingen befasst und man muss ihr Rechnung tragen. Wenn ein Vater sich so benimmt, dass die Nachbarn oder Hausgenossen oder das Publikum Grund zu Ärgernis findet, so soll gestraft werden. Die Strafe ist die gleiche wie bei Misshandlungen, wenn Beschädigung des Körpers oder der Gesundheit eingetreten ist. Besteht der Missbrauch des Züchtigungsrechtes in einer der Gesundheit nachteiligen oder sonst der Natur der Sache unerlaubten Einsperrung, so wird der Schuldige je nach Umständen mit Gefängnis bis zu 60 Tagen oder mit Korrektionshaus bis zu 4 Jahren bestraft."

Dadurch wird auch die Auffassung der Mehrheit des Regierungsrates berichtigt, die in ihrem Gutachten auf Grund des Art. 146 des Strafgesetzbuches ausführt:

„Das Strafgesetzbuch anerkennt also ein Züchtigungsrecht; und wenn es auch die Personen, denen ein solches zusteht, nicht genauer bezeichnet (auch die Verhandlungen des Grossen Rates bei Beratung des Strafgesetzbuches in den Jahren 1865 und 1866 geben hierüber keinen Aufschluss), so ist doch mit Sicherheit anzunehmen, dass der Gesetzgeber hierbei nicht allein die Eltern, sondern noch andere Personen, denen eine erzieherische und disciplinarische Aufgabe zugewiesen ist, insbesondere auch die Lehrer, im Auge gehabt habe. Hätte der Gesetzgeber das Züchtigungsrecht ausschliesslich den Eltern zugestehen wollen, dann hätte er in Art. 146 St. G. ohne Zweifel diese genannt und sich nicht bloss allgemein ausgedrückt. Er hat aber sowohl den Eltern wie andern Personen in der Ausübung des Züchtigungsrechtes die durch die Gesundheit gebotenen Schranken setzen wollen."

Aus der Äusserung des Kommissionsmitgliedes Dr. *Manuel* ergiebt sich, dass wenigstens er und die Kommission annahmen, einer Überschreitung des Züchtigungsrechtes können sich nur die Eltern eines Kindes schuldig machen. Diese Ansicht, welcher der Berichterstatter der Kommission nicht widersprach, ist deshalb besonders wichtig, weil die Kommission den Entwurf nicht nur begutachtete,

sondern weil er zu einem bedeutenden Teil ihr eigenes Werk war. Doch ergiebt sich daraus noch nicht, dass dem Lehrer damals ein Züchtigungsrecht nicht zustand. Begründete die bernische Gesetzgebung damals für den Lehrer ein Züchtigungsrecht, so wurde dieses Recht dadurch nicht aufgehoben, dass es der Grosse Rat bei seiner Beratung des Strafgesetzes übersah. Durch diese Äusserung ist jedoch festgestellt, dass der Grosse Rat, der damals die Gesetzgebungsgewalt im Kanton Bern ausübte, dadurch, dass er den Art. 146 in das Strafgesetzbuch aufnahm, kein Züchtigungsrecht für den Lehrer begründen wollte und dass er damit auch kein Züchtigungsrecht für den Lehrer begründet hat.

Bei Erlass des bernischen Strafgesetzbuches war das Schulwesen hauptsächlich durch das Gesetz über die öffentlichen Primarschulen des Kantons Bern vom 1. Dezember 1860 geregelt. Der § 31 dieses Gesetzes bestimmte über die *„Schulzucht“*:

„In der Handhabung der Zucht und Ordnung sollen die Lehrer besonnen, fest und mit der grössten Umsicht zu Werke gehen, den Geist der Liebe nicht verleugnen und nie in der Leidenschaft strafen.“

Es wird also damit dem Lehrer ein Züchtigungsrecht gegeben. Ob dieses Recht auch das Recht des Lehrers in sich schliesst, den Schüler körperlich zu züchtigen, ist nicht zweifellos. Doch ergiebt sich aus dem Gesetze, dass jede nicht auf Liebe zu dem Schüler gegründete und jede aus Leidenschaft hervorgegangene Züchtigung des Lehrers die Grenzen des Züchtigungsrechts überschreitet. Welcher Sinn nun auch dieser Gesetzesstelle beizulegen war, so viel ist sicher, dass sie heute nicht mehr gilt. Das Schulgesetz vom 11. Mai 1870, welches das Primarschulgesetz aufhob, und das gegenwärtig in Kraft bestehende Schulgesetz vom 6. Mai 1894 enthalten keine Bestimmung, aus der eine gesetzliche Befugnis des Lehrers, den Schüler körperlich zu züchtigen, abgeleitet werden könnte.

Begründen aber besondere Gesetze keine Ausnahmen von der in dem Strafgesetzbuch für Misshandlungen und Körperverletzungen allgemein festgestellten Strafpflicht des Staates, so folgt daraus, dass auch der Lehrer diesen Strafgesetzen unterworfen ist, und dass der Lehrer gegen den Schüler nicht Handlungen vornehmen darf, die allgemein mit Strafe bedroht sind.

Das Strafgesetz erklärt nun allerdings nicht nur Misshandlungen, sondern in Art. 256, Z. 5, auch Thätlichkeiten, die keine

Verletzungen (Wunden, Verletzungen, Beulen) zur Folge haben, als strafpflichtig, und zwar, wie sich durch Analogie ergiebt, auf Antrag des Verletzten oder seines Gewalthabers. Der Lehrer ist also strafbar, der einem Schüler eine seiner Gesundheit nicht nachteilige Ohrfeige versetzt, vorausgesetzt, dass der Inhaber der elterlichen Gewalt gegen den Lehrer einen Strafantrag stellt.

Ich hoffe, dass die Lehrer, welche bisher noch die Haselrute und den Birkenstock als Schulgeräte ansahen, sich überzeugen werden, dass ein störrisches und unfolgsames Kind durch Schläge nicht gebessert wird.

Die Lehrer aber, welche sich dieser Einsicht verschliessen, mögen sich den Satz merken: *Dura lex sed lex.*

Die Organisation der städtischen Polizei in Zürich.

Über die Organisation der städtischen Polizei erstattete der Zürcher Stadtrat dem Grossen Stadtrat am 30. September 1896 einen sehr eingehenden Bericht, der als ein Beitrag zu der Organisation städtischer Polizeicorps allgemeines Interesse darbietet. Dieser Bericht des Zürcher Stadtrates über „Polizeiorganisationsfragen" lautet:

Der Grosse Stadtrat hat am 8. Februar 1896 folgenden Beschluss gefasst:

Der Stadtrat wird eingeladen,

1. den Regierungsrat zu veranlassen, in der Folge die Ausübung der Kriminalpolizei auf städtischem Gebiete in einer der gegenwärtigen Grösse der Stadt entsprechenden Weise besorgen zu lassen,

2. folgende Fragen zu prüfen und hierüber mit möglichster Beförderung eine Vorlage zu machen,

a. ob nicht die Stadt in eine Anzahl von Revieren eingeteilt werden sollte, in welchen eine ständige Kontrolle über die Einwohner und die Wohnungsverhältnisse durch hierfür geeignete städtische Organe ausgeübt würde,

b. ob nicht eine Änderung der jetzt in Artikel 64 der Geschäftsordnung des Stadtrates enthaltenen Gliederung des Polizeidienstes nach Kreisen wünschbar sei,

c. ob nicht durch bessere Instruktion und strengere Kontrolle der Mannschaft deren Autorität gehoben werden könnte und

d. ob nicht für den Nachtdienst eine wirksamere Organisation und Kontrolle einzurichten sei.

Wir erstatten darüber in nachstehendem Bericht.

I.

Die in Ziffer 1 des Beschlusses an den Stadtrat gerichtete Einladung geht von der Annahme aus, dass die Ausübung des Kriminalpolizeidienstes in erster Linie Sache des Staates sei und um dieser Pflicht, der Bedeutung des Dienstes angemessen, nachkommen zu können, der Kanton seine Organe in der Stadt ganz wesentlich vermehren müsse.

Es ist diese Voranssetzung richtig; der Stadtrat hat anch nicht gezögert, sofort den Regierungsrat zu ersnchen, der Stadt Zürich in einem den Anforderungen voll entsprechenden Masse entgegenzukommen. Es geschah das mit der Zuschrift vom 13. März 1896; darin wurde u. a. bemerkt:

„Die infolge der aussergewöhnlichen Zunahme der städtischen Bevölkerung stark gesteigerten (polizeilichen) Bedürfnisse erheischen eine vermehrte Thätigkeit der Kantonspolizei um so mehr, als das Mass der polizeilichen Berücksichtigung, welches der Kanton jetzt der Stadt im Vergleiche mit den übrigen Kantonsteilen angedeihen lässt, ohnehin nicht in angemessenem Verhältnisse steht. Den Hanpthestimmungsfaktor für die Zahl und Verteilung der Polizeikräfte muss die Bevölkerungszahl hilden. Nun zählt die Stadt Zürich zur Zeit 140,000 Einwohner[1]); stationiert sind hier 16 Mann Kantonspolizei; das ergiebt einen Polizeisoldaten auf 8750 Einwohner. Im übrigen Kantonsgebiete dagegen entfällt ein Polizist schon anf etwa 1800 Einwohner, oder wenn wir die Stadt mitrechnen, so erhalten wir hei Verteilung der 130 Mann unter der Annahme, dass der Kanton gegenwärtig eine Bevölkerung von 350,000 Seelen zähle, ein Verhältnis von 1 zu 1923. Die Stadt ist somit auf das Mehrfache verkürzt — eine Thatsache, die nicht mit der Einwendung durchgethan werden kann, es halte der Kanton auf kleinerem Ranm in der Stadt mehr Polizeihedienstete als auf dem Lande.

„Es ist znzngehen, dass nehen der Bevölkerungszahl auch die Ausdehnung des Gebietes hestimmend wirkt und die Grösse der jetzigen Polizeistationskreise auf dem Lande eine Verminderung der dort verwendeten Polizeikräfte nicht znlässt. Aher damit kann das Bedürfnis einer Vermehrung für die Stadt nicht widerlegt werden. Denn hier ist die räumliche Ausdehnung ganz nehensächlich; sind die Polizeistationskreise in der Stadt kleiner als anf dem Lande, so wird dies reichlich aufgewogen durch den Umstand, dass mit der Ansammlung der Bevölkerung auf einem Platze sich auch das schlechte Element derselhen steigert, nicht hloss ahsolut, sondern relativ zunimmt, und dass auch sonst aus einem nahen Zusammenleben einer Bevölkerungsmasse, wie sie Zürich bereits hesitzt, leicht und in grosser Zahl Reibungen und Anlässe zu polizeilichem Einschreiten entstehen.

„Die Stadt hat somit unzweifelhaft ein Anrecht auf vermehrte polizeiliche Berücksichtigung seitens des Staates. Die jetzt vorhandenen 16 Polizeistationen sind ungenügend, nicht allein weil die Zahl viel zu klein ist, auch deshalb, weil der Bevölkerung keine Gelegenheit geboten ist, sich leicht und direkt mit diesen Stationen in Verkehr zu setzen. Die Lente wissen nicht, an wen sie sich gegebenen Falls wenden sollen, denn der Grosszahl der Bewohner ist nicht bekannt, wo die in den Quartieren stationierten Kantonspolizisten wohnen; ständige, jederzeit

[1]) Auf Ende Juli 1896 betrug diese Bevölkerungszahl schon wieder beträchtlich mehr, nämlich 148,246.

offene Kantonspolizeiposten existieren in diesen Quartieren nicht; die Stationierten sind tagsüber natürlich häufig abwesend; so bleibt in Hunderten von Fällen nur übrig, die Hülfe der Stadtpolizei anzusprechen.

„In welchem Masse letztere seit der Stadterweiterung sich kriminalpolizeilich zu bethätigen Anlass hatte, geht aus folgender Zusammenstellung hervor. Die Zahl der wegen Verbrechen von der Stadtpolizei eingebrachten Personen und die Zahl der erstatteten Kriminalrapporte haben betragen: im Jahre 1893: 649 Personen und 2048 Rapporte, im Jahre 1894: 756 Personen und 2382 Rapporte, im Jahre 1895: 823 Personen und 2602 Rapporte; es zeigt sich also eine stete Steigerung. Das Bestreben der Stadt, die städtische Polizei nach dieser Richtung nicht noch mehr belasten zu lassen, findet seine Rechtfertigung in der Notwendigkeit, dass die städtische Polizei fähig bleibe, den eigentlichen ortspolizeilichen Dienstobliegenheiten in vollem Umfange nachzukommen. Dies kann nur geschehen, wenn der Kanton für Ausübung der Kriminalpolizei genügend Leute stellt. . .“

Eine Antwort auf diese Eingabe ist dem Stadtrat bisher nicht zugekommen; dagegen findet sich in dem „Bericht des Regierungsrates an den h. Kantonsrat betreffend die Ruhestörungen vom 26.—29. Juli 1896 in Zürich, Kreis III“, vom 15. August 1896, auf Seite 29 und 30, folgende Stelle: „Auch der Kanton ist in die Notwendigkeit versetzt, sein Polizeicorps zu verstärken, und es wird die Polizeidirektion dem Regierungsrat in Bälde eine bezügliche Gesetzesvorlage unterbreiten.“ Demnach ist anzunehmen, dass die Forderung der Stadt ihre Berücksichtigung finden wird; wann und in welchem Umfange, kann dagegen hier nicht bestimmt werden.

Wir fügen zur weitern Orientierung und Klarstellung bei, dass dem Regierungsrat gegenüber die Beweitwilligkeit der Stadt zur fernern Mitwirkung an der Besorgung des Kriminaldienstes nicht verneint worden ist. Unsere Ablehnung hat sich darauf beschränkt, die eigenen Kräfte noch mehr als bisher in den Dienst der Kriminalpolizei zu stellen oder um dieser willen weiter zu vermehren. Um so mehr darf erwartet werden, dass der Kanton der Stadt billig gerecht wird.

Die Frage, ob für den Fall einer kräftigen Vermehrung der kantonalen Polizeistationen nicht eine gewisse Verbindung der Kantonspolizei mit den städtischen Polizeiposten derart anzustreben sei, dass wenigstens auf einer Anzahl dieser Posten ständig jemand von der Kantonspolizei zu finden oder hier zu rufen wäre, ist späterer Erörterung vorzubehalten.

Eine zweckmässige Verständigung in dieser Richtung zwischen Kanton und Stadt böte nicht bloss Vorteile für das Publikum, sondern sie würde auch ein gutes Zusammenarbeiten von Stadt- und Kantonspolizei fördern, somit dem Polizeidienst selbst zu gute kommen.

II.

Bei Prüfung der Frage, ob nicht die Stadt in eine Anzahl von Revieren eingeteilt werden sollte, ist auseinander zu halten 1) die Revier-

einteilung für den eigentlichen Sicherheitspolizeidienst und 2) die Bildung von Revieren für andere Dienstzwecke, hier nach dem Wortlaut der Frage für Zwecke des Kontroll- und des Gesundheitswesens.

Die Reviereinteilung für den allgemeinen Sicherheitspolizeidienst ist abhängig von verschiedenen Faktoren. Neben dem Umfang und der Mannigfaltigkeit der in Betracht kommenden Aufgaben sind von massgebender Bedeutung die verfügbare Mannschaftszahl und das Mass der Belastung, welches den Polizeileuten aufgegeben werden soll.

In ersterer Richtung ist daran zu erinnern, dass die Aufgaben der Ortspolizei ungleich zahlreicher und verschiedenartiger, zum Teil auch schwieriger sind als diejenigen der Kantonspolizei. Diese liegt lediglich dem Kriminalpolizeidienst ob, während die städtische Polizei neben der Sicherheitspolizei, wovon die Kriminalpolizei einen Zweig bildet, noch eine Menge weiterer Materien zu besorgen hat. Wir verweisen auf die vielen Abschnitte (14) der allgemeinen Polizeiverordnung und darauf, dass die Bundes- und Kantonalgesetzgebung nicht müde wird, stets neue Anforderungen an die Ortspolizei zu stellen. Die Ortspolizei hat für den Vollzug einer ausserordentlich grossen Zahl von Vorschriften das Nötige vorzukehren und den Vollzug zu überwachen; sie soll Störungen des Verkehrs, Schädigungen und Verbrechen verhüten; es liegt ihr der Schutz der Personen, des Eigentums und des öffentlichen Grundes, die Strassen-, Verkehrs-, Wasser-, Sonntags-, Wirtschafts- und Gewerbepolizei ob; sie muss über die öffentliche Sittlichkeit, die Feuerpolizei, den Tierschutz u. s. w. wachen; man verlangt von ihr die Verhinderung und Unterdrückung von Lärm und sonstiger Belästigung zur Tages- und noch mehr zur Nachtzeit; sie soll überall sein, und für unzählige Dinge wird sie beansprucht.

Es kommt im weitern in Betracht, dass die grosse Mehrzahl dieser Aufgaben die Bethätigung der Ortspolizei ausserhalb des Innern von Häusern und Wohnungen, im Freien: auf den Strassen, den Verkehrs- und Flurwegen erfordert. Wohl 90 und mehr Prozent sämtlicher Übertretungen sind nur hier wahrzunehmen; die Durchführung fast aller Abschnitte der allgemeinen Polizeiverordnung, der Verordnungen betreffend das Radfahren, den Droschkendienst, die Benutzung des öffentlichen Grundes, betreffend den Schiffsverkehr und die Ufer erheischt, dass die Polizeimannschaft in erforderlicher Zahl die Strassen, Wege, öffentlichen Anlagen u. s. w. begeht, dass sie „Strassendienst" besorgt und auf alles achtet, was ihr hierbei auffällt. Der im Grossen Stadtrat wiederholt laut gewordene Satz: „Die Polizei muss von der Strasse weg und in die Häuser", lässt sich weder in der absoluten, kategorischen Form, wie er gestellt ist, noch auch nur in dem Sinne, dass der Strassendienst auf ein Minimum eingeschränkt wird, durchführen; er ist mit den Erfordernissen eines geordneten Sicherheitsdienstes unvereinbar.

Der Sicherheitsdienst erfordert aber gleichzeitig eine den Verhältnissen der Reviere angemessene Besetzung der letztern. Mit 1, mit

2 Mann kommt man nicht aus. So viele Reviere zu schaffen, als das Polizeicorps überhaupt für den Revierdienst verfügbare Mann zählt, seien es 134 Mann, wie jetzt, oder 200, wenn die vom Stadtrat beantragte Verstärknng des Corps auf 240 Mann beschlossen wird, ist undenkbar. Reviere mit nnr 1 Mann besetzt hätten das Unmögliche znr Voranssetzung, dass dieser eine Mann unausgesetzt, Tag und Nacht, im Dienst stände.

Die Ablösung spielt überhaupt im Polizeidienst eine grosse Rolle. Eine Belastung der Mannschaft mit mehr als 12 Stunden Dienst ist nicht zu empfehlen; davon ausgehend, verdient die Zweiteilnng des Dienstes den Vorzug. Sie gestattet die nötige Schonnng der physischen Kräfte des Mannes, indem sie ihm nach einer Nacht im Dienste stets eine freie Nacht gewährt und jeden zweiten Sonntag frei giebt. Sie erleichtert einen einfachen, leichtverständlichen Dienstwechsel und gewährt die Möglichkeit, bei ausserordentlichen Anlässen ohne Schmälerung des gewöhnlichen Dienstes die dienstfreie Hälfte des Corps einzuberufen und nach Bedarf zu konzentrieren oder sonst zu verwenden. Solcher Anlässe giebt es das Jahr hindurch viele; die Verwaltnng wäre in grösster Verlegenheit, wenn sie jeweilen nicht auf dienstfreie Abteilungen als Reserven greifen könnte.

Nun lässt sich allerdings sagen, dass eine Revierbesetzung mit zwei Mann eine Ablösung ermöglichen würde. Das ist richtig, wenn gedacht wird, der eine sei am Tage, der andere des Nachts im Dienst, jeder zwölf Stunden. Es bedarf jedoch des Dienstwechsels auch innerhalb einer Diensttour, schon der Essenszeiten wegen, und weil niemand zwölf Stunden ununterbrochen zum Stations- oder Patrouillendienst verhalten werden kann. Ein rationeller Dienstbetrieb ist also bei Besetzung der Reviere so wenig möglich mit zwei Mann wie mit einem. Ganz besonders unmöglich wäre bei solcher Besetznng die Begehung der Reviere dnrch Doppelpatrouillen zur Nachtzeit. Doppelpatrouillen sind aber namentlich in stark bewohnten Quartieren, wo viel nächtlicher Unfng vorkommt, nnentbehrlich. Einer Bande betrunkener Lärmmacher gegenüber ist ein einziger Mann machtlos; zwei ergänzen sich und können in den meisten Fällen der polizeilichen Autorität Nachdrnck verschaffen. Überdies haben Doppelpatrouillen den grossen Vorteil, dass sich die betreffende Mannschaft selbst gegenseitig überwacht.

Zn einer richtigen Besetzung der Polizeireviere gehören mindestens je vier Mann. Andernfalls lässt sich ein zweckentsprechender, die Mannschaft nicht überlastender, die polizeilichen Interessen des Reviers nicht vernachlässigender Dienstwechsel nicht schaffen. Im übrigen muss sich die Besetznng dem Charakter des Reviers anpassen; in dicht bevölkerten Stadtteilen sind unbedingt acht Mann per Revier erforderlich; in ruhigeren Quartieren genügen sechs Mann; in den äussersten Revieren lässt sich mit vier Mann auskommen.

Die Stadt ist zur Zeit für die Zwecke des allgemeinen Sicherheitsdienstes in 21 Reviere eingeteilt. Davon sind 11 mit je 8, 3 mit je 6,

7 mit je 4 Mann besetzt. Der Kreis I, mit Einschluss eines grossen, durch die Myten- und die Freigutstrasse abgegrenzten Teiles vom Kreise II, zählt 5, der Kreis II 2, der Kreis III 5, der Kreis IV 3 und der Kreis V 6 Reviere.

Es ist zweifellos richtig, dass eine Vermehrung dieser Reviere erfolgen sollte. Aber es hat keinen Sinn, lediglich von einer Vermehrung zu reden, wenn nicht eine entsprechende Verstärkung der Mannschaft erfolgt. Erstere hängt von letzterer ab.

Die Reviervermehrung ist wünschbar und ein Bedürfnis, weil die bestehenden Reviere räumlich zu ausgedehnt sind. Es liegt nahe, dass in grossen Reviergebieten die polizeiliche Beaufsichtigung nicht die gleich intensive sein kann wie in kleineren, gleichwohl nicht zu schwach besetzten Revieren. Die Revierleute können sich unmöglich vervielfältigen; es kann derselbe Mann nur an einem Orte sich aufhalten; ist das Reviergebiet zu ausgedehnt, so lässt sich dasselbe nicht in genügender, rasch sich folgender Wiederholung begehen; bis eine Patrouille wiederkehrt, kann manche Übertretung bereits geschehen und können die Fehlbaren längst verschwunden sein. Die oft gehörten Vorwürfe: „die Polizei war nicht zu sehen“, oder „die Polizei kam wieder zu spät“, sind in manchen Fällen nicht unbegründet; sie finden jedoch ihre Erklärung nicht sowohl in Pflichtverletzungen der Polizisten oder in einer mangelhaften Organisation des Dienstes, als vielmehr in der Thatsache, dass die Reviere mangels eines grösseren Mannschaftsbestandes ausgedehnter und überdies zum Teil schwächer besetzt sind, als den gesteigerten Bedürfnissen nach polizeilichem Schutz entspricht.

Wenn die beantragte Vermehrung des Corps auf 240 Mann bewilligt wird, kann nach dieser Richtung um ein Erkleckliches geholfen werden. Die Zahl der Reviere lässt sich dann auf 30 erhöhen.

Ganz unabhängig von der Reviereinteilung für den allgemeinen Polizeidienst ist die Einteilung für Specialzwecke, für besondere Zweige der polizeilichen Thätigkeit. Neben den 21 Polizeirevieren bestehen zur Zeit noch 131 kleinere Reviere, denen je ein Polizeimann zugeteilt ist, für den der Polizei obliegenden Vertragerdienst (Stimm- und Steuerzettel). Es sind eingeteilt der Kreis I in 38, der Kreis II in 10, der Kreis III in 40, der Kreis IV in 16 und der Kreis V in 27 solcher Reviere. Selbstverständlich ändern die massgebenden Gesichtspunkte je nach dem speciellen Zwecke der Einteilung diese selber; so auch, wenn es sich um die Einwohner- und Wohnungskontrolle handelt.

Damit treten wir auf die vom Grossen Stadtrat aufgeworfene Frage direkt über; dieselbe lautet:

> „ob nicht die Stadt in eine Anzahl von Revieren eingeteilt werden „sollte, in welchen eine ständige Kontrolle über die Einwohner- „und die Wohnungsverhältnisse ausgeübt wird“.

Aus diesem Wortlaut ist zu schliessen, dass die Ausübung der Einwohnerkontrolle als eine ständige Aufgabe der damit betrauten Leute

gedacht wird. Sie soll nicht eine Arbeit sein, die nur nebenbei geht, Nebensache ist. Sie kann somit nicht der Polizei derart übertragen werden, dass alle Polizeimänner sich ständig dieser Aufgabe widmen müssten. Denn im letztern Falle müsste entweder der Polizei- oder der Kontrolldienst leiden; hat jeder Polizeimann neben der grossen Menge von Aufgaben des allgemeinen Sicherheitsdienstes noch ständig der Einwohnerkontrolle obzuliegen, so giebt es nur zwei Möglichkeiten: entweder wird dieser speciellen Aufgabe mehr Zeit gewidmet, als der übrige Polizeidienst verträgt, oder es wird der letztere gethan, wie sich's gehört, und dann kann von einer „ständigen" Kontrolle über die Einwohner keine Rede sein.

Der Einwohner-Kontrolldienst, soll er ständig ausgeübt, täglich fortgesetzt werden, muss notwendig ein Specialdienst sein. Die dazu bestimmten Angestellten dürfen nicht mit allem andern belastet werden; sie müssen ausserhalb des ordentlichen Dienstganges, wie er mit seinen regelmässigen Ablösungen und dem übrigen Dienstwechsel für den Sicherheitspolizeidienst unentbehrlich ist, gestellt werden; sie sollen den ganzen Tag der Kontrolle sich widmen können und vom Nachtdienst, der andern Aufgaben dient, in der Regel befreit sein.

Das empfiehlt sich auch aus einem andern Grunde. Zur systematischen Kontrolle über die Einwohner bedarf es eines besondern Verständnisses der betreffenden Angestellten, denn es dürfen bei Aufenthaltsausforschungen und -feststellungen nicht unrichtige oder ungenaue Rapporte eingehen; die Gefahr soll vermieden werden, dass auf Grund solcher Rapporte Bussen ausgefällt, die nicht festgehalten werden können.

Neben der nötigen Zeit gehört zur Kontrolle auch eine persönliche Eignung; die Kontrolle ist ferner durch Beamte in bürgerlicher Kleidung auszuüben.

Von diesen Voraussetzungen ausgehend, muss an dem System der Kontrolldetektive, wie es seit Frühjahr 1895 mit bestem Erfolg funktioniert, festgehalten werden. Dasselbe ist lediglich weiter auszubauen; statt 3 Beamte sind deren erheblich mehr in Thätigkeit zu setzen. Es bestehen dafür zwei Möglichkeiten. Entweder wird die Zahl der Kontrolldetektive auf 12 erhöht, in der Weise, dass ebensoviele Kontrollreviere (im Kreis I 2, Kreis II 1, Kreis III 6, Kreis IV 1, Kreis V 2) gebildet werden, worin diese Detektive sozusagen ausschliesslich der Einwohnerkontrolle obliegen, oder man teilt jedem Polizeirevier einen Detektiv zu, der in erster Linie den Dienst für die Einwohnerkontrolle, gleichzeitig aber auch die Wirtschafts- und Sittenpolizei besorgt. Bei der Annahme, dass 30 Polizeireviere gebildet werden können, erhielten so die einzelnen Kreise Reviere für den allgemeinen Polizeidienst und Angestellte für die Einwohnerkontrolle u. s. w.:

Kreis	I	6
„	II	3
„	III	10
„	IV	4
„	V	7

Die besondern Kriminaldetektive würden bei letzterm System wegfallen; damit die Civildienstorgane (als welche man die mit dem erweiterten Detektivdienst betrauten Polizeileute bezeichnen kann) vom übrigen Polizeidienst nicht losgelöst würden und der letztere selbst keine zu fühlbare Schwächnng erführe, wäre auch vorzusehen, dass die Detektive wöchentlich ein- oder zweimal am allgemeinen Dienst, namentlich zur Nachtzeit, teilzunehmen hätten. Bei aussergewöhnlichen Anlässen würden sie natürlich noch viel weniger ausser Betracht fallen dürfen.

Eine solche Massregel empfiehlt sich, weil sie Mass hält mit den Kräften nnd doch den Zwecken der Einwohnerkontrolle weitgehend dient. Sie wäre ganz besonders wertvoll auch für die Handhabung der Sitten- und Wirtschaftspolizei.

In Verbindung damit wird vorgeschlagen werden,

1. die Hauseigentümer zu verpflichten, dass sie über sämtliche Bewohner in ihrem Hause, Ein- und Auszug von Mietern, Logisgängern u. s. w. ein Register führen (Hausbuch);

2. die Hausbesitzer und Logisgeber zu verpflichten, alle Personen anzumelden, welche bei ihnen Wohnung, Logis oder ein Gewerbelokal beziehen;

3. den Dienst- nnd Arbeitgebern aufzngeben, niemand in Dienst oder Arbeit zu nehmen, der nicht sich ausweisen kann, dass er beim Kontrollbureau angemeldet ist.

Auf Grund des so vervollständigten Kontrollmaterials kann im weitern das gesamte Polizeicorps zur periodischen Mitwirkung bei der Einwohnerkontrolle herangezogen werden. Zu diesem Zwecke sind die Polizei- nnd Kontrollreviere in eine Anzahl von Unterrevieren zu teilen, ungefähr den Revieren für das Vertragen von Stimm- und Steuerzetteln entsprechend; für jedes dieser Reviere wäre ein Polizeimann dem Kontrolldetektiv des weitern Reviers beigeordnet. Der Kontrolldetektiv ist der Revieraufseher; er giebt der Mannschaft für die Ausübung der ihr zugewiesenen Kontrollarbeiten die nötige Anleitnng, selbstverständlich im Rahmen einer vom Stadtrat festzustellenden Dienstordnung; im besondern wird es sich dabei um die Vergleichung der Wohnungslisten, des Inhalts der Register mit der bestehenden Wirklichkeit in den Häusern handeln.

Da im übrigen die Thätigkeit der Kontrolldetektive eine ständige ist, so erscheint eine gleichzeitige, mehr als zwei- oder dreimal im Jahr wiederkehrende Revision der Wohnungslisten dnrch die Polizeimannschaft als nicht nötig. Immerhin würde die Revision das ganze Jahr andauern, in der Weise, dass ein Revier um das andere an die Reihe käme. Dies empfiehlt sich schon deshalb, weil das eingehende Material dann auch vorweg verarbeitet werden kann und nicht an Haufen liegen bleiben muss.

Wir halten dafür, dass auf diesem Wege sich eine Einwohnerkontrolle schaffen lässt, die allen billigen Anforderungen genügt, ohne eine Belästigung des Pnblikums zu bedeuten.

Es bleibt noch das Verlangen zu beantworten übrig, dass eine ständige Aufsicht über die Wohnungsverhältnisse geschaffen werde.

Dass, nachdem die in Aussicht stehende Wohnungserhebung stattgefunden haben wird, Massregeln nötig sein werden, welche bestehenden Übelständen abhelfen und deren Erneuerung verhindern, ist richtig. Ohne öftere Nachschau wird man dabei nicht durchkommen; erfolgt diese nicht und bleibt das Gesundheitsamt nicht auf dem Laufenden, um wieder einschreiten zu können, so werden immer neue Fälle zu dichten Zusammenwohnens von Familien und einzelnstehenden Personen mit all den daraus sich ergebenden schlimmen Folgen gesundheitlicher, sittlicher und socialer Art vorkommen.

Die gewünschte Kontrolle muss daher in irgend einer Weise eingerichtet werden. Sie braucht aber keine täglich wiederkehrende zu sein; es genügt eine Nachschau, die sich von Zeit zu Zeit wiederholt.

Das Gesundheitsamt wird sich angelegen sein lassen, das Erforderliche nach dieser Richtung vorzukehren. Es ist weiterhin vorgesehen, die Polizeimänner anzuweisen, gelegentlich anderer dienstlicher Gänge, so regelmässig bei der Durchsicht der Wohnungslisten oder Hausbücher, diejenigen Wohnungen, welche als zu stark belegt und ungesund erscheinen, aufzuzeichnen und dem Vorstande des Gesundheitswesens darüber mittelst besonderen Formulars zu rapportieren.

* * *

Das System des bestehenden Polizeidienstes geht von den Voraussetzungen aus, dass 1. Zürich einer nach militärischen Regeln geordneten Polizeikraft bedürfe, 2. letztere in erster Linie dem eigentlichen Polizeidienst, wie ihn Art. 95 der Gemeindeordnung und die allgemeine Polizeiverordnung umschreiben, obzuliegen habe, 3. ein genau bestimmter Dienstwechsel und eine gewisse Arbeitsteilung nach Materien ebensowohl der Mannschaft wie den praktischen Bedürfnissen des Dienstes (Disciplin, Leistung, Kontrolle u. s. w.) von Vorteil sind.

Die vorstehenden Ausführungen und Vorschläge fussen im wesentlichen auf diesem System. Es soll dasselbe erweitert und ausgebaut, in seinen Grundlinien aber nicht verändert werden.

Nun ist jedoch das System selbst wiederholt Gegenstand des Angriffs gewesen. Es wurde eine völlige Umgestaltung der innern Organisation der Polizei gefordert. Als besonders verwerflich am bestehenden System wurden genannt: die Ordnung des Dienstes nach militärischen Regeln, teilweise auch die Art der Uniformierung und Bewaffnung, die Übertragung einzelner Aufgabenzweige an Specialbeamte (Kriminal- und Kontrolldetektive, zwei Fabrikpolizeimänner), das Mass der Berücksichtigung, welches dem Strassendienst gewidmet und das als zu weitgehend bezeichnet wird, die zu grosse Zahl von Polizeiposten. Zur Grundlage der Dienstorganisation müsse die in den Vordergrund zu rückende Thätigkeit der Polizei für die übrigen Zweige der städtischen Verwaltung,

vorab für das Kontroll- und Steuerwesen, genommen werden; zu diesem Zweck sei vorab erforderlich, dass

1. jeder Polizeimann ein kleines Revier angewiesen erhalte, in welchem er zu wohnen und alle Zweige des gesamten Polizeidienstes zu besorgen habe;
2. die Polizei verpflichtet werde, den Personalbestand der gesamten Einwohnerschaft ihres Reviers, die Familien, die Wohnungsverhältnisse, die Erwerbsthätigkeit jedes Einzelnen genau zu kennen;
3. jeder Reviermann innert 24 Stunden polizeilich jeden Ein- und Auszug zur Anmeldung bringe und neben der Zustellung der Schriftenempfangscheine, dem Vertragen der Stimm- und Steuerzettel auch den Einzug rückständiger Steuern besorge;
4. der Strassendienst eingeschränkt, dagegen dem Dienste in den Häusern grössere Aufmerksamkeit und mehr Zeit gewidmet werde.

Es ist anzunehmen, dass der Grosse Stadtrat die Frage der Reviereinteilung auch vom Standpunkt dieser Auffassung des Polizeidienstes geprüft wissen will.

Hierbei drängen sich aber sofort eine Reihe von Fragen auf, welche den Übergang zu dem neuen System erschweren, ja dessen Anwendung in seiner nackten Form unmöglich machen. Wie soll es gehalten werden mit der Besetzung der Polizeiposten, wie mit Besetzung der Stationen auf der Strasse? Soll an dieser Besetzung festgehalten werden? Hält man es für möglich, die in eine grosse Zahl von Revieren verteilte Polizeimannschaft, welche dort dem gesamten Polizeidienst obliegen soll, auch zum Posten- und Stationsdienst zu verwenden? Oder ist dafür eine besondere Abteilung des Corps zu bilden? Sind ferner neben dem Dienst der Revierleute noch Patrouillenmannschaften namentlich für die Nachtzeit zulässig? Soll überall das System der Einzelpatrouillen durchgeführt werden? Oder dürfen und sollen Doppelpatrouillen nach wie vor Verwendung finden? Ist jeder Specialdienst (Marktaufsicht, Theaterdienst, Kontrolle über die Droschken, Bekämpfung der Strassenprostitutionen, einheitliche Behandlung von Unfällen, die der Haftpflicht unterstehen u. s. w.) unzulässig?

Wir beschränken uns auf eine Erörterung der Punkte, die von Einfluss sind auf den Bestand der Mannschaft.

Was zunächst die Polizeiposten betrifft, deren Zahl gegenwärtig 16 beträgt, so hat bei früherm Anlass der Grosse Stadtrat eine Anregung auf Verminderung derselben abgelehnt; noch weniger ist an deren gänzliche Abschaffung zu denken. Die Posten selbst erfüllen ihre Bestimmung nur, wenn sie ständig besetzt sind. Hier holt das Publikum fortwährend Auskunft, macht häufig Anzeigen, verlangt Hülfe. Es wird angestrebt, dass die Polizeiposten zu Filialen der Kreisbureaux ausgestaltet werden, wo Schriften abgegeben, Wohnungswechselanzeigen u. s. w. angebracht werden können. Die Polizeiposten spielen für den Melde- und Alarm-

dienst in Brandfällen eine wichtige Rolle; eine wirkungsvolle Thätigkeit auf diesem Gebiete wäre ohne sie in ganzen Quartieren fast unmöglich. Auf manchen Posten, vorab auf den Kreiswachtlokalen, ist eine mehrfache Besetzung erforderlich: zur raschen Abfertigung von Arrestanten, die bald der Hauptwache, bald der Bezirksanwaltschaft zuzuführen sind, zur Erledigung polizeilicher Aufträge u. s. w., im Kreisposten I auch zur Besorgung des Löschpikettdienstes.

Zur Besetzung der Posten bedarf es somit der nötigen Mannschaft. Da aber die Revierleute fortwährend in ihren Revieren sich aufhalten sollen, können sie für den Postendienst in der Regel nicht in Betracht fallen.

Dasselbe trifft zu in Bezug auf den Stationsdienst. Auch bei einer Reduktion des Strassendienstes wird es nicht als statthaft betrachtet werden können, sämtliche Stationsplätze aufzuheben. An den Hauptverkehrspunkten aller Kreise sind solche Stationsplätze ein unausweichliches Bedürfnis; auf einzelnen derselben sollten, dem daselbst sich abwickelnden Verkehr entsprechend, zwei Mann stationiert sein (Hauptbahnhof, u. a.). Die Stationsplätze müssen von morgens bis in die Nacht hinein, d. h. solange der Strassenverkehr ein lebhafter ist, besetzt bleiben; es hat daher Ablösung zu erfolgen. Dies verdoppelt immer den Bedarf an Leuten; bestehen 15 Stationsplätze, so sind für Besetzung derselben 30 Mann erforderlich.

Für den Posten- und Stationsdienst muss, um eine Ablösung zu ermöglichen, eine Abteilung von mindestens 100 Mann vorhanden sein.

In Bezug auf den Revierdienst ist folgendes zu beachten. Ein Polizeimann, welchem die vollständige Kenntnis sämtlicher Bewohner seines Reviers und ihrer Verhältnisse eigen werden muss, sollte in der Regel nicht mehr als 120 Häuser zur Aufsicht zugewiesen erhalten. Das entspricht einer durchschnittlichen Einwohnerschaft von rund 1500 Köpfen auf ein Revier. Die Zahl von 12,000 Häusern und 150,000 Einwohnern angenommen, wären somit 100 Reviere nötig. Bei einfacher Besetzung, mit je 1 Mann, erfordert dies ebensoviele Polizeileute. Es wird aber, da das Verlangen gestellt ist, dass die Revierleute den gesamten Polizeidienst innerhalb ihrer Reviere besorgen, die Meinung haben, sie müssten auch Nachtdienst leisten. In diesem Falle muss notwendig eine Ablösung eintreten, d. h. es müssen sich je 2 Mann per Revier in den gesamten Dienst teilen. Das ist noch aus andern Gründen wünschbar: weil man den Leuten den Anspruch auf periodische Ruhetage nicht versagen kann und dann Ersatz da sein muss, was auch zutrifft für Krankheitsfälle und für Fälle sonstiger Dienstverhinderungen, weil ferner, wenn ein Mann abgeht (Entlassung, Austritt, Todesfall, Versetzung), immer noch ein Zweiter da sein sollte, der das Revier kennt.

Auch bei doppelter Besetzung der Reviere wird die Ausübung des Nachtdienstes in denselben noch nicht eine überall genügende sein können. Die beiden Leute werden abwechselnd Dienst thun: der eine während

einer Woche Tages-, der andere Nachtdienst, in der zweiten Woche umgekehrt; das ermöglicht weder Doppelpatronillen, welche für gewisse Gebiete gar nieht entbehrt werden können, noch lässt sieh ein angemessener Dienstwechsel während der Nacht dnrchführen. Wie sehr es von der Nachtmannschaft empfunden werden müsste, wenn sie zumal im strengen Winter 10 bis 12 Stnnden ohne Ablösung draussen Dienst zu thun hätte, lässt sich voraussehen; wir wollen aber hier mehr den Mangel an Doppelpatrouillen betonen.

Diesem Mangel müsste in irgend einer Form Rechnung getragen werden. Es wäre nötig, Doppelpatrouillen aus der Posten- und Stationsmannsehaft zu bilden. Zn diesem Zweek müsste letztere eine entsprechende Stärke erhalten.

Wir kommen so auf folgenden Bedarf:

für Besetznng von 100 Revieren mit je 2 Mann . .	200	Mann.
Posten und Stationsmannschaft	100	"
Mehrbedarf für Doppelpatrouillen	20	"
Beamte und Unteroffiziere, soweit nicht bereits in der Postenmannschaft inbegriffen	10	"
zusammen	330	Mann.

Für den Fall, dass Rekruten heranznbilden sind, die ja nnr allmählich zur selbständigen Ansübnng des Polizeidienstes verwendet werden können, würde dieser Bestand sich ändern; es müsste noch ein Zuschlag hierfür in Reehnung gestellt werden. Aueh wäre die Gewährnng von Wohnungszulagen nicht zn umgehen. Denn wenn die Revierleute je in dem Revier wohnen sollen, welchem sie zugeteilt sind, so wird es Reviere geben, wo mit grösster Wahrscheinlichkeit es nicht möglieh ist, eine billige Wohnnng zu erhalten. Ohne Gewährung einer Zulage könnte die Stadt nieht verlangen, dass ein mit Fr. 1700—2200 besoldeter Angestellter in einem solchen Revier sieh eine Wohnung von Fr. 800—1000 miete, während er in einem andern Quartier für Fr. 400—600 Wohnungen fände.

Auf anderweitige Folgen einer nach dieser Richtung sich bewegenden Reorganisation des Polizeidienstes wird hier nicht eingetreten. Es ist lediglieh noch daran zu erinnern, dass die Atomisiernng der Polizei notwendig die Überwachung der Mannschaft und ebenso die Schlagfertigkeit des Corps für unvorhergesehene dringliche Fälle erschweren müsste. Die Vorteile einer vermehrten Personenkenntnis n. s. w. könnten diese nnd andere Naehteile und die notwendigen Mehrkosten nicht aufwiegen.

III.

Die Frage, ob nieht eine Änderung der jetzt in Art. 64 der Gesehäftsordnung des Stadtrates enthaltenen Gliederung des Polizeidienstes naeh Kreisen wünschbar sei, ist zu beantworten nach den Gesichtspunkten, die sich ans dem Interesse der Bevölkerung ergeben.

Die bestehende Regel, derzufolge die Polizeikreise mit den politischen Kreisen zusammenfallen, steht in Übereinstimmung mit § 13, Absatz 2,

des Zuteilungsgesetzes. Sie hat den Vorzug der Einfachheit, der leichtern Orientierung und grössern Bequemlichkeit für die Einwohner. Die letztern wissen zufolge dieser Einteilung genau, an wen sie sich in Angelegenheiten, welche das Polizeiwesen beschlagen, zu wenden haben. Eine Nichtübereinstimmung der Polizeikreise mit den Verwaltungskreisen würde die Misslichkeiten erhöhen, die schon jetzt bestehen, weil viele Leute sich im städtischen Verwaltungsorganismus nur schwer zurechtfinden. Sie hätte doppelte Laufereien und Unzufriedenheit zur Folge, ohne dass der Geschäftsgang verbessert würde.

Dass jetzt die einen Kreise zu gross sind, ist zuzugeben. Aber es sollte die Frage der Änderung der Polizeikreise in Verbindung mit einer Änderung der Verwaltungskreise überhaupt erledigt werden. Letztere wird sowieso dringlich. Die Verhältnisse, vorab im Kreise III, sind in Bezug auf mehrere Verwaltungszweige (Kontrollwesen, Betreibungsamt u. s. w.) auf die Länge unhaltbar; weil die Arbeit sich im Übermass häuft, stockt die Maschine.

Näher auf die Frage der neuen Kreiseinteilung einzutreten, ist hier nicht der Ort. Dagegen darf angeführt werden, dass es im Vorteile der Verwaltung läge, wenn Kreise von nicht über 20,000 Einwohnern gebildet würden. Die Kreisbureaux wären abzuschaffen und deren Verrichtungen an die Kreiswachtposten zu übertragen. In jedem Kreise würde ein Kommissär die Leitung der Polizei- und Kontrollgeschäfte besorgen; zu diesem Zweck wäre ihm das erforderliche Kanzleipersonal beizugeben.

Inzwischen steht einer Abrundung einzelner territorialer Polizeigebiete nichts im Wege. Soweit die Verhältnisse es rechtfertigen, hat auch die Verwaltung bereits für einen angemessenen Ausgleich der Arbeitslast unter den Kommissären Vorsorge getroffen.

IV.

Wir kommen zur Frage:

„ob nicht durch bessere Instruktion und Kontrolle der Mannschaft deren Autorität gehoben werden könnte?“

Die Frage scheint als gegeben zu betrachten, dass die polizeiliche Autorität zur Zeit mangelhaft sei. Auf der Höhe ist sie nicht, das muss zugestanden werden. Aber es wäre falsch, anzunehmen, dass die Schuld hieran lediglich an der Polizei liege. Abgesehen davon, dass wir uns nicht in einem Polizei- oder Militärstaat befinden, wo das zum Gehorsam erzogene Volk in jedem Polizeimann den Vertreter der königlichen Gewalt respektiert, wirken einschränkend: der Umstand, dass die Ortspolizei eine Unzahl kleinerer Polizeivorschriften zu handhaben hat, die, ins Detail des täglichen Lebens eingreifend, vielfach als hemmend empfunden werden und deren Vollzug der Polizei nicht als Pflichterfüllung, was er doch ist, sondern mehr als „Fuchserei“ angerechnet wird, ferner die Räsonniersucht des Publikums, von dem ein grosser Teil im Schimpfen auf die Polizei ein bürgerliches Grundrecht erblickt, die sehr bescheidene Straf-

kompetenz der Gemeindepolizeibehörden, die gelinde Ahndung von Widersetzlichkeitsfällen durch die Gerichte, die Schwierigkeit, zum Polizeidienst Leute von grösserem Bildungsgrad zu gewinnen u. s. w.

Was den letzten Punkt betrifft, so mag gleich beigefügt werden, dass die Forderung, die Polizei müsse aus geeigneteren Leuten zusammengesetzt werden und ihre Qualität sei schon bei der Rekrutierung zu verbessern, leichter auszusprechen als zu verwirklichen ist. Wir besitzen keinen Polizeirekrutierungszwang; die Auswahl beschränkt sich immer auf diejenigen, welche sich anmelden. Obwohl dabei äusserst sorgfältig verfahren wird, bringen es die Verhältnisse mit sich, dass keine Rekruten von grösserer Bildung eingestellt werden können. Mancher Bureau- und kaufmännische Angestellte nimmt lieber mit einer kleineren Besoldung vorlieb, als dass er sich den Unannehmlichkeiten des Polizeidienstes und den Vorurteilen aussetzt, mit denen derjenige, der zur Polizei geht, vielfach zu rechnen hat. Es sind einzig Leute aus dem Handwerker- und Arbeiterstand, die bei der Einstellung von Polizeirekruten in Betracht fallen.

Bei Beurteilung der Instruktionsfrage muss dieser Punkt unbedingt berücksichtigt werden. Der Bildungsgrad der Mannschaft wird immer eine Rolle spielen, die dienstliche Instruktion mag so eindringlich sein, wie sie will.

Wir gehen damit zur Instruktion selber über.

Diese ist zum Teil eine einheitliche, centrale, zum Teil nach Kreisen eingerichtet. Sie zerfällt in Theorie, den allgemeinen Unterricht und die Instruktion bei den täglichen Rapporten. Die Rekruten erhalten während drei Monaten täglich Theorie über die allgemeinen Grundzüge des Polizeidienstes, über die Gesetze und Verordnungen, deren Handhabung der Polizei obliegt, über die Elemente des Strafrechts, über das Rapport- und Meldewesen, das Verhalten der Polizeileute in und ausser Dienst u. s. w. Sie haben über bestimmte Aufgaben Rapporte anzufertigen, die vom betreffenden Instruktionsbeamten in sachlicher und formeller Richtung zum Gegenstand belehrender Kritik gemacht werden. Eine gedruckte Dienstinstruktion und ein Handbuch für Polizeiangestellte dienen zum Selbstunterricht und zu fortwährender Wegleitung. Mit dem theoretischen Unterricht geht der praktische Hand in Hand; zu diesem Zweck wird jeder Rekrut einem geschulten Polizeimann bei Ausübung des Dienstes beigegeben; die Rekruten haben teilzunehmen an den Mannschaftsrapporten auf den Kreiswachen und empfangen hier mit der übrigen Mannschaft diejenige weitere Instruktion, welche täglich auf Grund der Weisungen des Polizeivorstandes oder des Polizeiinspektors und an Hand der am Rapport sich ergebenden Einzelfälle zu erteilen ist. Uniformiert werden sie erst, nachdem sie sich das erforderliche Mass von Kenntnissen angeeignet haben, definitiv ins Corps aufgenommen nur, wenn nach Ablauf des Rekrutenjahres die Prüfung ergiebt, dass sie als Polizeimänner tauglich sind.

In ähnlicher Weise wird verfahren, wenn sich das Bedürfnis zeigt, die gesamte Mannschaft neue Instruktions- oder Repetitionskurse bestehen

zu lassen. Hier erfolgt die Einberufung abteilungsweise; je die Hälfte des Corps wird zusammen instruiert, beide Hälften durch den- oder dieselben Beamten.

Im allgemeinen darf behauptet werden, dass die Instruktion keineswegs vernachlässigt wird. Zeigen sich Mängel bei der Dienstausführung, so ist daran weniger die Instruktion als die ungenaue oder fehlerhafte Anwendung derselben schuld. Vielfach stösst auch die Art des Auftretens des einzelnen Polizeimannes; aber diese ist wiederum eine individuelle Sache und häufig der Instruktion gar nicht angepasst, gegenteils ihr zuwider.

Mit alledem soll nicht gesagt sein, dass auf die Instruktion kein grösseres Gewicht mehr gelegt und dass sie nicht noch systematischer und ausgedehnter betrieben werden könne. Fühlbar ist jetzt namentlich eine ungleiche Behandlung gleichartiger Fälle, je nach dem Kreise, in welchem sie stattfinden. Die Instruktion durch die einzelnen Kommissäre, beeinflusst durch die individuelle Auffassung der betreffenden Beamten, hat trotz einheitlich gegebener Weisung öfters eine Ungleichheit im Vollzug von Vorschriften und Anordnungen zur Folge. Das wird noch empfindlicher, wenn ein Kommissär gelegentlich das Instruieren dem Postenchef überträgt, der über die Absichten der ersten Auftraggeber, wie sie am Kommissärrapport beim Inspektor zum Ausdruck kamen, nicht genügend unterrichtet sein kann. Besonders nach dieser Richtung ist eine Verbesserung der Instruktion wünschbar; in gewissen Fällen sollten sämtliche Kreiswachen durch denselben Instruktionsbeamten instruiert werden. Dazu wäre der Polizeiinspektor die berufene Person; seine Aufgaben fesseln ihn derart ans Bureau, dass er weder hierfür noch für die Kontrolle des Aussendienstes die notwendige Zeit erübrigt. Der Polizeiinspektor, welcher ganz nur der Chef und Leiter des Polizeicorps sein sollte, ist zu sehr auch durch den allgemeinen Administrativdienst beansprucht, und die Ausübung der ihm zustehenden Kompetenz zur Verhängung der Polizeibussen erfüllt überdies mit allem, was drum und dran hängt, einen zu starken Teil seiner Dienstzeit.

Die Abhülfe ist zu suchen einerseits in einer angemessenen Verstärkung des Offiziers- und Unteroffiziersbestandes, welche die Verwendung besonderer Kräfte für den Instruktionsdienst und die Mannschaftskontrolle, insbesondere die Kontrolle des Aussendienstes, gestattet, anderseits in organisatorischen Änderungen. In letzterer Richtung ist die Übertragung der gesamten Bussenkompetenz der städtischen Verwaltung an einen Polizeirichter um so mehr ins Auge zu fassen, als gleichzeitig eine Erhöhung des gesetzlichen Polizeibussenmaximums, soweit es in die gemeinderätliche Kompetenz fällt, angestrebt wird und alsdann das Institut eines Polizeirichters dem Volke vermehrte Garantien für objektive Anwendung dieser Kompetenz zu gewähren verspricht.

Zur Schaffung eines Polizeirichters bedarf es, da dadurch die Gerichtsorganisation nicht berührt wird, keiner Gesetzesrevision. Dagegen ist die Gemeindeordnung zu ändern.

V.

Die Schlussfrage, „ob nicht für den Nachtdienst eine wirksamere Organisation und Kontrolle einzurichten sei“, ist unter zwei Voraussetzungen ohne weiteres zu bejahen. Nämlich wenn: 1) das Polizeicorps auf den beantragten Bestand von 240 Mann erweitert und nicht gleichzeitig in übermässiger Weise zersplittert, gewissermassen in Atome zerstreut wird, wie das der Fall wäre, sobald allzuviele Reviere gebildet und unzweckmässig besetzt werden müssten, 2) eigentliche Controleure in Thätigkeit gesetzt werden.

Die Vermehrung des Corps wird ermöglichen, den Nachtdienst bedeutend zu verstärken, ohne dass der Tagesdienst darunter leidet. In Kreisen, wo der Verkehr am Tage die Polizei nicht voll beansprucht, ist vorgesehen, ein Drittel der Mannschaft zum Tages- und zwei Drittel zum Nachtdienste zu verwenden. Im Centrum, in welchem eine Entlastung der Mannschaft vom Tagesdienst nicht angeht, muss mit stärkerer Besetzung der Reviere nachgeholfen werden.

Der Wunsch vermehrter Beaufsichtigung des Nachtdienstes ist begründet. Ausser den Offizieren sind hierzu geeignete Unteroffiziere heranzuziehen. Wie die Strassenbahnen ihre Controleure haben, so rechtfertigen sich solche auch für die Polizei.

Wir schliessen mit folgenden Anträgen:

1. Von dem Berichte des Stadtrates betreffend seine Verwendung beim Regierungsrat um Vermehrung der Kantonspolizei auf dem Gebiete der Stadt Zürich wird Vormerk genommen.

2. Unter der Voraussetzung, dass die Gemeinde eine Verstärkung des städtischen Polizeicorps auf den beantragten Bestand von 240 Mann bewilligt, wird der Stadtrat eingeladen,

- *a. die Zahl der Polizeireviere von 21 auf 30 zu erhöhen und jedem Revier einen Detektiv beizuordnen, welcher in demselben in erster Linie dem Dienst für die Einwohnerkontrolle, die Wirtschafts- und Sittenpolizei obliegt;*
- *b. die übrige Polizeimannschaft zu verhalten, an der Einwohner- und Wohnungskontrolle durch periodische Nachschau in den Häusern mitzuwirken;*
- *c. für eine umfassendere und möglichst einheitliche Instruktion, sowie für vermehrte Überwachung der Polizeimannschaft Vorsorge zu treffen.*
- *d. einen verstärkten Nachtdienst einzurichten.*

3. Der Stadtrat wird ferner eingeladen, die Frage zu prüfen und darüber Antrag zu stellen, ob nicht die Gemeindeordnung im Sinne einer Vermehrung der Verwaltungskreise, unter Übertragung der

Verrichtungen der heutigen Kreisbureaux an die Kreiswachtposten, und im Sinne der Einführung eines Polizeirichters abzuändern sei.

4. Im übrigen wird der vom Grossen Stadtrat durch Beschluss vom 8. Februar 1896 erteilte Auftrag als erledigt abgeschrieben.

Der Grosse Stadtrat überwies diesen Bericht zunächst an die Kommission, welche auch die übrigen aus den Ruhestörungen vom August 1896 hervorgegangenen Massnahmen vorberaten hatte. Am 18. September 1897 kam der Bericht des Stadtrates mit den Anträgen der Kommission im Grossen Stadtrat zur Beratung. Die Diskussion förderte wenig Erhebliches zu Tage, man erschöpfte sich in Klagen über den bestehenden Zustand, an dem vor allem die Art der Rekrutierung und der Instruktion schuld sei. Von diesen Ursachen glaubte ein Redner, dass sie einstweilen gar nicht zu ändern seien, und stellte demgemäss den Verwerfungsantrag gegenüber allen Positionen der Kommission. Dieser Verwerfungsantrag wurde indessen abgelehnt und dafür der Kommissionalantrag angenommen in folgendem Wortlaut:

1. Zur Durchführung des dem städtischen Polizeicorps obliegenden Dienstes wird das Stadtgebiet in mindestens 30 Reviere eingeteilt, welche für specielle Zwecke, namentlich für die Mitwirkung bei der Einwohner- und Schriftenkontrolle, in Unterreviere zerlegt werden.

Jedem Reviere wird ein Detektiv zugeteilt, welcher in demselben in erster Linie dem Dienste für die Einwohnerkontrolle, die Wirtschafts- und Sittenpolizei obliegt. Die gedruckte Dienstinstruktion wird bestimmen, inwiefern die übrige Polizeimannschaft an der Einwohner- und Wohnungskontrolle mitzuwirken hat.

2. In jedem Verwaltungskreise besteht eine Kreiswache und die nötige Zahl von Quartierposten; deren Besetzung durch Unteroffiziere und Polizeimänner bestimmt das Bedürfnis.

Die Reviere eines Verwaltungskreises sind in organischer Verbindung mit der Kreiswache und den Quartierposten.

An der Spitze dieser ganzen Mannschaft und ihres Dienstbetriebes steht der Polizeikommissär.

3. Mit der Kreiswache steht in lokaler und organischer Verbindung eine dem Bedürfnisse entsprechende Zahl von für Specialdienste bestimmten Detektiven.

4. Da die Handhabung der Kriminalpolizei in erster Linie Sache des Staates ist, so ist zu verlangen, dass der Kanton auf jeder Kreiswache der Stadt einen Unteroffizier und die nötige Zahl von Soldaten seines Polizeicorps stationiere.

5. Das Rapportwesen ist auf geeignete Weise nach dem städtischen Polizeiinspektorat und der kantonalen Hauptwache zu organisieren.

6. Die „Dienstordnung für das Polizeicorps" vom 25. November 1893 ist behufs richtiger Zuteilung der Funktionen an die Beamten und Angestellten des Polizeicorps in Revision zu ziehen und ist namentlich dafür zu sorgen, dass:

a. der Polizeiinspektor, dem die allgemeine Leitung und Beaufsichtigung des ganzen Corps und dessen Dienstbetrieb als erste Aufgabe obliegt, von administrativem Detail mehr entlastet werde;

b. eine umfassende und möglichst einheitliche Instruktion, sowie eine vermehrte Überwachung der Polizeimannschaft stattfinde;

c. ein verstärkter Nachtdienst eingerichtet werde.

7. Diese Beschlüsse werden als Postulate an den Stadtrat betrachtet.

8. Im übrigen wird der vom Grossen Stadtrate durch Beschluss vom 8. Februar 1896 erteilte Auftrag als erledigt abgeschrieben.

9. Mitteilung an den Stadtrat.

Totschlag begangen durch einen Bewusstlosen.

Der „Freie Rhätier“ teilt in Nr. 284 vom 3. Dezember 1897 folgendes Urteil des Kantonsgerichts von Graubünden in dem Straffall Braun mit:

In Erwägung:

1. Der objektive wie der subjektive Thatbestand sind unzweifelhaft gegeben. Die Verletzung Jecklins ist — weniger mit Rücksicht auf bleibende Nachteile als nach der allgemeinen Konfiguration des Falles — als schwere im Sinne des Art. 122, Ziff. 1, die der Tochter nach konstanter Praxis, weil mit einem Messer zugefügt, als mittelschwere zu qualifizieren.

2. Fraglich erscheint nur noch die Möglichkeit der Zurechnung, welche gemäss Art. 45 Str.-G. bei Bewusstlosigkeit nur dann ausgeschlossen ist, wenn diese Bewusstlosigkeit eine gänzliche und unverschuldete ist.

Obwohl nun allerdings die Gutachten von Sachverständigen nach allgemeiner Theorie und Praxis für den Richter nicht absolut bindend sind, so muss in concreto diesem Gutachten doch um so mehr Gewicht beigemessen werden, als dasselbe in völliger Kenntnis der Akten und unter Berücksichtigung aller massgebenden Faktoren in sehr einlässlicher, klarer und überzeugender Weise sich ausspricht. Es muss aus allen Umständen die völlige Bewusstlosigkeit im Momente der That, für welche nicht die entferntesten Motive vorlagen, angenommen werden.

Anders liegt hingegen die Frage des Verschuldens. Wenn auch zugegeben werden muss, dass es Aufgabe der Behörden gewesen wäre, den Braun rechtzeitig zu versorgen, so entbindet ihn dies doch nicht seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit. Braun musste sich selbst schon zur Genüge kennen, er musste aus Erfahrung wissen, dass der starke Alkoholgenuss ihn zum Delirium, zur Tobsucht treibt, in welchem Zustande er zu allem fähig war. Er hat diesen Zustand und damit diesen Erfolg durch sein fortgesetztes Trinken in mehr als fahrlässiger Weise herbeigeführt und ist darum, wenn auch bedeutend milder, zu bestrafen, insbesondere kann von der Anwendung von Zuchthaus unter diesen Umständen keine Rede sein.

Anderseits ist für diese Verschuldensfrage noch bemerkenswert, dass Braun die ihm angegebenen Mittel zur Bekämpfung seiner Trunksucht: Eintritt in den Abstinenzverein etc., von der Hand gewiesen und damit also selbst die Besserung verhindert hat, so dass fast auf das Maximum der Gefängnisstrafe gegangen werden darf.

3. Punkto Entschädigung kann es sich mangels jeder Schadensersatzforderung ab seiten der Erben der Calonder nur um eine solche der Familie Jecklin handeln. In dieser Hinsicht kann nun aber nicht auf Art. 58 O.-R. abgestellt werden, sondern kommt die volle strafrechtliche Haftung zur Anwendung.

Erkannt:

1. Joh. Braun hat sich schuldig gemacht der in verschuldeter Unzurechnungsfähigkeit begangenen Tötung ohne Vorbedacht an Anna Barbara Calonder, schweren Körperverletzung an Math. Jecklin und mittelschweren Körperverletzung an Ursula Jecklin.

2. Er ist daher nach Abzug der Untersuchungshaft zu bestrafen mit noch 2½ Jahren Gefängnis und 10jähriger Einstellung in den bürgerlichen Rechten.

3. Er hat alle Untersuchungs- und Gerichtskosten zu tragen.

4. Er hat die Familie Jecklin mit im ganzen Fr. 1200 zu entschädigen.

Dieses Urteil ist höchst merkwürdig. Wie ist es möglich, einen Menschen, der, wie das Gericht selbst feststellt, zur Zeit der That bewusstlos war, wegen vorsätzlicher Tötung, denn das ist die Tötung ohne Vorbedacht, und wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu verurteilen. Das wäre nur möglich in dem Fall der sog. *actio libera in causa*, nämlich, wenn sich der Thäter in den Zustand der Bewusstlosigkeit versetzt hätte, um die Verbrechen, die er dann beging, auszuführen. Allerdings hebt nach § 45 des Graubündner Strafgesetzes nur die *unverschuldete* vorübergehende Bewusstlosigkeit die Zurechnungsfähigkeit auf.

Allein ein Tobsüchtiger kann unmöglich *vorsätzlich* handeln. Das Graubündner Gesetz setzt zum Vorsatz Absicht und Bewusstsein der Rechtswidrigkeit voraus.

Es ist an und für sich nicht ausgeschlossen, einem Menschen, der im Rausch zu Gewaltthätigkeiten disponiert ist, eine solche Gewaltthat zur *Fahrlässigkeit* zuzurechnen, wenn er bei gehöriger Aufmerksamkeit auf sich selbst den Rausch und damit die Gewaltthätigkeit hätte vermeiden können und sollen. Braun muss jedoch nach den Feststellungen des Urteils nicht nur ein trunksüchtiger, sondern ein geisteskranker Mensch sein, dem die Selbstbeherrschung

fehlt und der deshalb, wie das Gericht selbst anerkennt (und zwar doch wohl wegen seiner Gemeingefährlichkeit), versorgt werden sollte.

Interessant ist die Feststellung des Gerichts, der Thäter habe seinen Zustand „in mehr als fahrlässiger Weise" herbeigeführt. Die Schuldform „mehr als fahrlässig" ist dem Graubündner Strafgesetz, wie allen übrigen Strafgesetzen, unbekannt. Da das Kantonsgericht den Braun wegen Tötung ohne Vorbedacht, also wegen *vorsätzlicher* Tötung verurteilte, so lag es ihm ob, in den Entscheidungsgründen nachzuweisen, dass Braun *vorsätzlich* handelte. Vorsatz und Fahrlässigkeit sind Schuldformen, die sich der Art und nicht dem Grade nach unterscheiden. Wer „mehr als fahrlässig" handelt, handelt daher noch nicht vorsätzlich. Übrigens wird die Annahme, Braun habe mehr als fahrlässig gehandelt, nicht begründet, das Kantonsgericht begnügt sich mit einer Behauptung.

Eine nähere Darstellung des Falles Braun ist sehr wünschenswert.

Die Strafgesetzgebung des Bundes und der Kantone.

Jahresbericht für das Jahr 1896.

Législation fédérale et cantonale.

Rapport sur l'année 1896.

Zweite Abteilung.

Bund. Berichterstatter: Dr. jur. *Walter Burckhardt*, Adjunkt beim eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement in Bern.

1. *Das Bundesgesetz über das Rechnungswesen der Eisenbahnen*, vom 27. März 1896 (A. S., Bd. XV, S. 517), enthält in Art. 18 folgende Sanktion der den Bahnen auferlegten Pflichten:

„Wenn eine Bahnverwaltung sich säumig erweist und die vorgeschriebenen Rechnungen, Bilanzen und sonstigen Ausweise auf erfolgte Mahnung hin nicht einreicht, so kann der Bundesrat die nötigen Erhebungen auf Kosten der Bahnunternehmung vornehmen lassen.

„Lässt sich eine Unternehmung wiederholt Versäumnisse zu schulden kommen, oder werden die Bestimmungen dieses Gesetzes missachtet oder umgangen, so kann die fehlbare Verwaltung überdies mit einer Geldbusse bis auf zehntausend Franken bestraft werden. Die Beurteilung unterliegt der Bundesstrafgerichtsbarkeit.

„Ausserdem bleibt die Anwendung des im Art. 28 des Bundesgesetzes vom 23. Dezember 1872 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen vorgesehenen Verfahrens vorbehalten.“

Dieser Artikel sieht den Entzug der Konzession durch den Bundesrat vor für den Fall, dass die Bahngesellschaft ihren konzessionsmässigen oder gesetzlichen Pflichten nicht nachkommt.

2. Die *Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz vom 29. Juni 1888, betreffend die Erfindungspatente, revidiert am 23. März 1893*, vom Bundesrat am 10. November 1896 erlassen (A. S., Bd. XV, S. 533), bringt eine kleine Erweiterung der Disciplinarbefugnisse des eidgenössischen Amtes für geistiges Eigentum gegenüber Patentanwälten. Der revidierte Absatz 1 des Art. 43 lautet:

„Mit Bewilligung des Departementes, welches dem eidgenössischen Amt für geistiges Eigentum vorsteht, kann letzteres seine Beziehungen zu Patentagenten *oder sonstigen die Vertretung berufsmässig ausübenden Personen, welche sich als unfähig erweisen*, oder deren Handlungsweise gegenüber dem Amte oder ihren Klienten zu ernsten Klagen Anlass giebt, in dem Sinne unterbrechen, dass es von denselben keine neuen Patentgesuche entgegennimmt."

3. *Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn* (A. S., Bd. XV, S. 566). Schon am 17. November 1888 war zwischen den Vertretern der Schweiz und Österreichs ein Auslieferungsvertrag vereinbart worden, welcher die bisherige Übereinkunft über den gleichen Gegenstand vom 17. Juli 1855 ersetzen sollte. Gemäss dem Wunsche der mit der Prüfung dieser Vorlage beauftragten nationalrätlichen Kommission ging indessen der Bundesrat zunächst an die Ausarbeitung des am 22. Januar 1892 von den Räten angenommenen Gesetzes betreffend die Auslieferung gegenüber dem Auslande. Dieses Gesetz machte hinwiederum einige Abänderungen des Vertragsentwurfes notwendig, z. B. bezüglich der politischen Verbrechen und Vergehen (Art. 10 des Bundesgesetzes).

Der am 10. März 1896 abgeschlossene und am 2. Juni gl. J. von den eidgenössischen Räten ratifizierte Vertrag folgt im wesentlichen den Grundsätzen des Auslieferungsgesetzes. Die Delikte, wegen welcher die Auslieferung gewährt wird, sind im allgemeinen die im Bundesgesetze vorgesehenen. Doch weicht der Vertrag im Ausdrucke und in der Anordnung und mitunter auch inhaltlich vom Gesetze ab; letzteres z. B. in Nr. 11 des Art. II des Vertrages: Verletzung der persönlichen Freiheit und des *Hausrechtes* (im Gesetze: Hausfriedensbruch unter erschwerenden Umständen); Nr. 14: Ausgabe oder Inverkehrsetzen falscher oder gefälschter Banknoten, Schuldverschreibungen oder anderer Titel und Werteffekten (Gesetz: in betrügerischer Absicht); ebenso Nr. 15: Gebrauch nachgeahmter oder verfälschter Siegel, etc. — Doch werden diese weitergehenden Bestimmungen durch die Vertragsklausel gedeckt, dass die Auslieferung nur wegen solcher strafbaren Handlungen stattfindet, welche nach der Gesetzgebung des requirierenden wie des requirierten Staates mit einer *einjährigen* Freiheitsstrafe oder mit einer schwereren Strafe bedroht sind.

Der Vertrag ist mit dem 1. März 1897 in Kraft getreten.

Schwyz. Berichterstatter: Bezirksammann *A. Bürgi* in Wyl (St. Gallen).

Nach Ausweis der schwyzerischen Gesetzessammlung sind aus diesem Kanton pro 1896 keine Erlasse strafrechtlicher Natur im engern Sinne zu verzeichnen.

Es mag jedoch als den Strafvollzug betreffend der Vertrag erwähnt werden, welcher nach Aufhebung der schwyzerischen kantonalen Strafanstalt (siehe Band IX, S. 160, der Schweizer. Zeitschrift für Strafrecht) den 17. März/9. April 1896 zwischen Schwyz und St. Gallen abgeschlossen worden ist, und durch welchen sich St. Gallen vorläufig für die Dauer von 10 Jahren verpflichtet hat, die von den zuständigen schwyzerischen Gerichten verurteilten Zuchthaus-, Arbeitshaus- und Gefängnissträflinge in die kantonale Strafanstalt St. Jakob aufzunehmen.

(Schwyzerische Gesetzessammlung, Band II, N. F., S. 375.)

Auf der ehemaligen schwyzerischen Strafhausliegenschaft soll eine Zwangsarbeitsanstalt errichtet und zu diesem Behufe an Stelle des alten Bauernhauses, welches früher als Strafanstalt benutzt wurde, ein entsprechender, für wenigstens 50 Personen ausreichender Neubau aufgeführt werden. Dem Kantonsrat bleibt vorbehalten, zu bestimmen, ob und inwieweit diese Anstalt auch für Abbüssung von Gefängnis- und Arbeitshausstrafen in Anspruch genommen werden kann.

(Gesetz über Errichtung einer Zwangsarbeitsanstalt für den Kanton Schwyz, vom 27. September 1896. Gesetzessammlung, Band II, N. F., S. 390.)

Unterwalden ob dem Wald. Berichterstatter: Gerichtspräsident *Adalbert Wirz* in Sarnen.

1. *Dekret betreffend das Verbot des Anfeuerns mit leicht entzündlichen Stoffen*, vom 10. Februar 1896.

Dasselbe verbietet die Verwendung von Spiritus und leicht entzündlichen Ölen zum *Anfeuern* in Küchen oder andern Lokalen (mit Ausnahme der eigens eingerichteten soliden und feuersicheren Apparate), sowie das *Nachschütten* solcher leicht entzündlicher Flüssigkeiten auf glühende Kohlen oder schon angefachte Flammen in und ausserhalb von Gebäulichkeiten.

Das Zuschütten solcher Substanzen beim Feueranmachen ausserhalb von Gebäuden darf nur stattfinden, solange der in Brand zu setzende Brennstoff noch nicht Feuer gefangen hat.

Den Handwerkern ist das Zuschütten solcher Substanzen auf das Feuer, beim Gebrauch in ihrem Geschäft, nur vermittelst sogen. Sicherheitsgefässe und unter Beobachtung der nötigen Vorsicht erlaubt.

Widerhandlungen werden mit einer Geldbusse von Fr. 3 bis 50 gebüsst; dem Kläger fällt 1/3 der eingegangenen Strafe als Leiderlohn zu (Ziffer 5).

2. *Dekret betreffend Krankenversicherung von Gesellen, Lehrlingen und Arbeitern*, vom 10. Februar 1896.

Gemäss Art. 1, Al. 2, desselben können Meister und Arbeitgeber, welche die ihnen nach Art. 1, Al. 1, auffallende Pflicht, dafür zu sorgen, dass

ihre Gesellen, Lehrjungen und Arbeiter der Krankenkasse beitreten oder gegen Krankheits- und Sterbefälle sonst mindestens in gleichem Masse versichert sind, nicht erfüllen, nach Massgabe des Art. 25 des Polizeistrafgesetzes (handelnd von der Widersetzlichkeit gegen amtliche Befehle und behördliche Verfügungen) bestraft werden.

Fribourg. Rapporteur: *Emile Perrier*, procureur général à Fribourg.

Aucune loi n'a été édictée dans le courant de l'année 1896 touchant au domaine pénal.

Plusieurs lois, toutefois, sont en préparation. Elles seront sans doute votées en 1897. Ce sont:

1° Revision de la loi sur l'assistance.

2° Loi sur l'enfance abandonnée.

3° Modification à la loi sur l'organisation judiciaire dans le sens d'une restriction de la compétence de la Cour d'assises. Il s'agit de transférer aux Tribunaux criminels siégeant sans l'assistance du jury, la compétence en matière d'infanticide, d'avortement et d'exposition d'enfants.

4° Décret créant une colonie pénitentiaire dans le Grand-Marais.

Le Grand Conseil est déjà nanti de tous ces projets de lois et décrets.

Solothurn. Berichterstatter: Dr. *A. Affolter*, Fürsprech in Solothurn.

Gesetz betreffend den Schutz der Arbeiterinnen, vom 9. Februar 1896.

Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften dieses Gesetzes werden mit Geldbussen bis Fr. 200 bestraft.

Gesetz betreffend das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken, vom 9. Februar 1896.

Zuwiderhandlungen werden mit Bussen bestraft, deren Maximum variiert von Fr. 3 bis Fr. 500.

Regierungsratsbeschluss vom 16. März 1896 betreffend Abverdienen rückständiger Militärsteuer.

Die Verordnung vom 5. Januar und 24. Dezember 1886 wird mit Rücksicht auf Entscheide des Bundesgerichtes, als mit Art. 59 B. V. im Widerspruche stehend, aufgehoben.

Gesetz über das Hebammenwesen, vom 13. Dezember 1896.

Enthält in § 24 die Bestimmung: Wer, ohne im Besitze eines Patentes zu sein, Notfälle ausgenommen, Handlungen vornimmt, die in den speciellen Pflichtenkreis einer Hebamme gehören, wird mit Busse bis Fr. 100 bestraft.

Baselstadt. Berichterstatter: Regierungsrat Dr. *H. David* in Basel.

Im Gebiete des Strafrechts sind keine gesetzgeberischen Erlasse zu verzeichnen.

Baselland. Berichterstatter: Obergerichtspräsident *Tanner* in Liestal.

Das Jahr 1896 hat keine die Strafgesetzgebung betreffenden Erlasse zu verzeichnen.

Schaffhausen. Berichterstatter: Rechtsanwalt *E. Ziegler* in Schaffhausen.

Als einzigen Erlass strafrechtlicher Natur, welcher im Jahre 1896, und zwar am 20. Mai, in Kraft getreten ist, erwähne ich die *Verordnung des Regierungsrates über den Salzverkauf im Kanton Schaffhausen*, veröffentlicht im Amtsblatt Nr. 23 vom 9. Juni 1896, sowie in der offiziellen Gesetzessammlung, Neue Folge, IX. Band, 2. Heft, S. 364 ff. Durch diese Verordnung ist diejenige vom 24. Juni 1885 ausser Kraft gesetzt worden.

Als strafrechtliche Bestimmungen derselben sind zu erwähnen:

Art. 3, welcher den unberechtigten Verkauf von Salz, d. h. nicht durch die hierzu bestellten Salzauswäger, mit einer von der Polizeidirektion auszufällenden Busse von 5 bis 50 Franken bedroht.

Art. 7, Ziffer 3, welcher neuerdings, wie die frühere Verordnung, die Salzauswäger zu Polizeiorganen stempelt (!), d. h. sie verpflichtet, darüber zu wachen, dass kein fremdes Salz unerlaubterweise in die Gemeinde eingebracht und daselbst verkauft wird, und von solchen Fällen, welche zu ihrer Kenntnis gelangen, der Finanzverwaltung zu Handen des Regierungsrates Anzeige zu machen.

Art. 11 endlich enthält noch die allgemeine Strafbestimmung, dass „die Salzauswäger wegen Dienstvergehen, bezw. Übertretung dieser Verordnung, ausser dem in Art. 3 vorgesehenen Falle mit Geldbusse von 5 bis 20 Franken belegt und überdies jederzeit vom Regierungsrat auf Antrag der Finanzdirektion entlassen werden können".

Abgeändert wurde durch Beschluss des Regierungsrates vom 19. Februar 1896 der 2. Absatz des Art. 8 der *Metzgereiverordnung* vom 24. Dezember 1879. Diese Abänderung enthält aber keine strafrechtliche Bestimmung, sondern geht nur dahin, dass der kantonalen Polizeidirektion unter Genehmigung des Regierungsrates das Recht eingeräumt wurde, den öffentlichen Anstalten Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen über Fleischschau zu gestatten.

Graubünden. Berichterstatter: Dr. *Edgar Hilty*, Advokat, in Chur.

Das Ereignis auf strafrechtlichem Gebiet ist das neue Polizeigesetz, welches am 28. November 1897 vom Volk angenommen worden ist.

Dies Polizeigesetz enthält materielle und strafprozessuale Bestimmungen.

I. *Materiell* ist hervorznheben:

Art. 23: Wer seine Familie verlässt nnd dadurch der Not preisgiebt oder wer durch Müssiggang oder Trunk diese Folge herbeiführt, wird mit Gefängnis bis zu 2 Monaten oder mit Versetzung in eine Korrektionsanstalt bis zn einem Jabr bestraft.

Art. 24: Betrunkene, welche durch ihren Zustand öffentliches Ärgernis erregen und binnen Jahresfrist wiederholt in dieser Weise betreten wurden, sind mit Geldbusse bis zu 50 Fr. oder mit Gefängnis bis zu 1 Woche zu bestrafen.

Gleichzeitig kann den Schuldigen der Besuch von Wirtshäusern bis auf 2 Jahre verboten werden. Übertretungen dieses Verbotes sind als Widersetzlichkeit zu bestrafen.

In gleicher Weise sind auch Wirte und Kleinverkäufer geistiger Getränke zu bestrafen, welche in Kenntnis des Wirtshausverbotes den damit Belegten geistige Getränke verabreichen.

Art. 45 endlich räumt auch in Fällen von Ehrenkränkungen gegen Verstorbene den Verwandten das Recht der Injurienklage ein.

Über diese Frage hatte der Bündner Dr. Nicola, jetzt, wie bekannt, Bundesgerichtssekretär in Lausanne, eine treffliche Berner Doktordissertation geliefert.

II. Behufs speditiver Rechtsprechung ist die Kompetenz des Kreisgerichtsausschusses (Kreispräsident und 2 Kreisrichter) erhöht worden.

Um Willkür zu vermeiden, ist der Gang der Voruntersuchung nunmehr deutlich vorgeschrieben. Injurien dagegen werden nicht strafprozessualisch, sondern im Wege des Civilprozesses als Parteisache abgewandelt.

Aargau. Berichterstatter: Dr. jur. *Walther Merz*, Justizsekretär in Aarau.

Durch regierungsrätlichen Beschluss vom 2. Oktober 1896 wurde das Schiessen auf Tiere mit Flobertgewehren allgemein als Tierquälerei im Sinne von § 7 des Gesetzes über Tierquälerei vom 23. November 1851 erklärt und unter die Strafbestimmungen dieses Gesetzes gestellt.

Tessin. Rapporteur: Dr *Vigizzi* à Locarno.

27 mai 1896. — Décret législatif de modification de l'art. 27 de la loi sur l'organisation judiciaire en matière pénale.

26 mai 1896. — Décret législatif établissant un tarif en matière judiciaire pénale.

Rien qui touche au domaine pénal proprement dit, et dont l'importance doive être signalée, n'a été parfait au Tessin dans le courant de 1896.

Les deux décrets législatifs susmentionnés ne sont eux-mêmes que des mesures d'ordre simplement administratif.

Le décret législatif du 27 mai 1896 établit que le tirage des échevins des Assises de district soit fait le 15 du mois précédant celui pour lequel ils sont appelés à fonctionner, et cela pour éviter de perdre la première quinzaine du mois, délai nécessaire, d'après la procédure pénale, pour préparer le procès.

Dans le „Tarif judiciaire pénal“ n'ont trouvé place que des dispositions de pure administration, n'intéressant nullement le droit.

Genève. Rapporteur: Dr *Ernest Picot*, président de la Cour de justice, à Genève.

1° *Loi du 15 février 1896 modifiant les art. 5 et 12 de la loi du 30 mars 1892 sur l'enfance abandonnée.*

Cette loi modifie la procédure à suivre pour faire prononcer la suspension de la puissance paternelle par les tribunaux civils (art. 5). La modification à l'art. 12 a pour but de permettre au Conseil d'Etat „de „placer, s'il y a lieu, dans une maison de correction ou une colonie agri„cole pour un temps qui ne devra pas dépasser l'époque où chacun d'eux „aura atteint l'âge de 18 ans accomplis“, les enfants vicieux qui lui sont déférés par la Commission de l'enfance abandonnée.

2° *Arrêté du Conseil d'Etat du 8 avril 1896 ordonnant une nouvelle publication de la loi du 22 juin 1892 abrogeant l'art. 279 du Code pénal.*

Un magistrat de l'ordre judiciaire ayant signalé au Conseil d'Etat que, lors de la publication de la loi du 22 juin 1892 qui modifiait et renforçait certains articles du Code pénal relatifs aux délits contre les mœurs, l'article 279 dudit Code avait été indiqué comme abrogé, ce qui ne pouvait être qu'une erreur, le Conseil d'Etat a décidé de procéder à une nouvelle publication rectificative de cette loi. L'article 279 est l'article du Code pénal qui punit le viol, et la conséquence de l'erreur commise se trouvait être que le viol n'était pas un acte punissable à Genève, si l'on s'en tenait à la lettre de la loi.

3° *Règlement de police sanitaire relatif à l'exploitation des vacheries, du 14 avril 1896.*

Règlement destiné à prévenir le développement de la tuberculose dans les vacheries et prévoyant l'application des peines de police en cas de contravention.

4° *Règlement concernant le clos d'équarrissage et la destruction des cadavres d'animaux, du 12 décembre 1896.*

Règlement d'ordre sanitaire ayant pour but de soumettre à certaines règles l'enfouissage des cadavres d'animaux morts dans les agglomérations urbaines du canton et prévoyant l'application des peines de police aux contraventions.

Entscheidungen in Strafsachen. — Jurisprudence pénale.

I. Bundesrat. — Conseil fédéral.

1. Rekurs des Mathias Schädler, Landwirt zur Hofstatt, in Einsiedeln, gegen das Urteil des Kantonsgerichts von Schwyz vom 3. Mai 1893, betreffend Übertretung des Jaucheausfuhrverbotes für das Dorf Einsiedeln.

(Vom 13. Oktober 1893.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

I.

Am 1. September 1888 hat der Bezirksrat von Einsiedeln, mit Rücksicht auf den grossen Personenverkehr und die öffentlichen Gesundheitsverhältnisse der Ortschaft überhaupt, folgendes „Jaucheausfuhrreglement für das Dorf Einsiedeln" erlassen:

„1. Während der Sommerszeit, und zwar je vom 1. Juni an bis und mit dem 15. September, ist das Entleeren der Jauchekasten und das Ausführen der Jauche (Gülle) aus und vom Dorfe Einsiedeln in den Tagesstunden von vormittags 7 Uhr an bis nachmittags 6 Uhr und an Vorabenden von Sonn- und Feiertagen gänzlich verboten. Dem Bezirksamt ist anheimgestellt, die Ausfuhr hie und da nach seinem Ermessen einen ganzen Tag zu gestatten.

„2. . . . .

„3. Übertretung oder Missachtung der vorstehenden Vorschriften werden mit einer Geldbusse von 3 bis 20 Fr. belegt."

Dieses Reglement erhielt am 20. September 1888 die regierungsrätliche Sanktion.

II.

Das Bezirksammannamt Einsiedeln verfällte unterm 17. August 1892, infolge einer ihm zugegangenen Anzeige, den Rekurrenten Mathias Schädler wegen Übertretung des Jaucheausfuhrverbotes in eine Busse von Fr. 5 nebst Fr. 1. 30 Kosten. Da derselbe gegen dieses Straferkenntnis protestierte, wurde die Angelegenheit dem Bezirksgericht Einsiedeln überwiesen, welches mit Urteil vom 9. Dezember 1892 die bezirksammann-

amtliche Verfügung bestätigte. Das in weiterer Instanz angerufene Kantonsgericht von Schwyz wies den Appellanten am 3. Mai 1893 ebenfalls ab und legte ihm nebst der obenerwähnten Busse von Fr. 5 die Bezahlung der erlaufenen Untersuchungs- und Gerichtskosten im Betrage von Fr. 58. 10 auf.

III.

Gegen dieses Urteil des Kantonsgerichts Schwyz rekurriert Mathias Schädler mit Eingabe vom 17. Juni abhin an den Bundesrat. Der Rekurrent gibt zu, am 12. August 1892, nach 7 Uhr vormittags, Jauche ausgeführt zu haben, behauptet aber, dass er an diesem Tage einfach einen vom Bezirksrat im Juli bewilligten „freien Tag", von welchem ihm keine Kenntnis gegeben worden sei, nachgeholt habe. Unter Berufung auf die Artikel 31, 69, 3, 4, 5 und 6 der Bundesverfassung und Art. 2 der Übergangsbestimmungen zu derselben stellt Schädler das Gesuch um Aufhebung des kantonsgerichtlichen Urteils vom 3. Mai 1893.

IV.

Aus den Akten ergiebt sich, dass das Bezirksamt Einsiedeln sowohl im Juli als auch im August 1892 je zwei „Freitage" für die Jaucheausfuhr gegeben hat. Vom ersten „Freitag" im Juli will Schädler keine Kenntnis gehabt haben, am zweiten Tage sei es ihm nicht möglich gewesen, den Jauchekasten ganz zu entleeren. Auch an den zwei „Freitagen" im August habe er die Jauche nicht alle ausführen können, weshalb noch am darauffolgenden Tage damit zugefahren worden sei, um den im Juli versäumten „Freitag" nachzuholen. Mehrere Personen bezeugen, dass am ersten „Freitag" im Juli abends Schädler sich ihnen gegenüber geäussert habe, dass ihm nicht bekannt geworden sei, dass Jauche ausgeführt werden dürfe.

Nach den Aussagen des Herrn Amtsschreibers Kälin hat die Bekanntmachung der „Freitage" stets in der Weise stattgefunden, dass jeweilen am Morgen des ersten „Freitages" die Landjäger und der Läufer den jauchefführenden Landwirten nachgeschickt wurden. Auch sei ein bezüglicher Auftrag (bisweilen schon am Abend vorher) in den Milchläden abgegeben worden. Die Veröffentlichungen im Anzeiger seien nicht wohl möglich, da sowohl auf unversehens eintreffende Pilgerzüge als auch auf die Witterung Rücksicht genommen werden müsse. Übrigens sei man mit dieser Mitteilungsart bisher gut gefahren.

V.

In der vom Regierungsrat des Kantons Schwyz mit Zuschrift vom 22. Juli 1893 einbegleiteten Vernehmlassung des dortigen Kantonsgerichts wird in erster Linie darauf aufmerksam gemacht, dass das in Frage liegende Reglement kein absolutes Jaucheausfuhrverbot enthält, indem ja dasselbe die Ausfuhr *vor* 7 Uhr morgens und *nach* 6 Uhr abends (ausgenommen die Vorabende von Sonn- und Feiertagen) gestattet. Nebstdem gewährt das Bezirksamt nach Ermessen sogenannte „Freitage", an

denen die Ausfuhr den ganzen Tag gestattet ist. Ähnliche Jaucheausfuhrverordnungen existieren auch anderwärts, so z. B. für das Dorf Schwyz u. s. w.

Wenn Schädler sich auf die Notwendigkeit der Ausfuhr seiner Jauche beruft, so glaubt das Kantonsgericht doch bezweifeln zu sollen, dass angesichts der Thatsache, dass der Rekurrent wirklich drei „Freitage“ im Juli und August benutzt hat und ihm jeweilen auch die frühen Morgenstunden und die Abendstunden nach 6 Uhr verfügbar waren, es unumgänglich nötig gewesen sei, einen verbotenen Tag zu benutzen. Im Dorfe Schwyz werden im Sommer überhaupt keine ganzen Freitage gegeben, und dennoch finden die dortigen Landwirte Zeit, ihre Jauchekasten zu entleeren.

Das Kantonsgericht fährt fort:

In staatsrechtlicher Beziehung stützt sich Mathias Schädler hauptsächlich auf den Art. 31 B.-V., betreffend die *Handels- und Gewerbefreiheit*. Die übrigen bundesrechtlichen Bestimmungen, mit denen Rekurrent nebstdem noch auf den Plan rückt, sind weniger relevant und scheinen grossenteils nur des Decorums und des grössern Nachdrucks wegen da zu sein.

Wenn Schädler dabei dem Art. 69 B.-V. ruft, welcher dem Bunde die Gesetzgebung über die gegen gemeingefährliche Epidemien und Viehseuchen zu treffenden gesundheitspolizeilichen Verfügungen anheimgiebt, so ist klar, dass es sich im vorliegenden Fall keineswegs um den Erlass einer gesundheitspolizeilichen Massnahme gegen drohende gemeingefährliche Epidemien oder Viehseuchen handelt, sondern einfach um eine Verfügung über die Ausübung der Jaucheausfuhr im allgemeinen Interesse der öffentlichen Ordnung und im wohlverstandenen besondern Interesse des Fremdenverkehrs in Einsiedeln. Und wenn dabei auch in erster Linie sanitätspolizeiliche Rücksichten gewaltet haben, so verstösst das weder gegen Art. 31 noch gegen Art. 69 B.-V., zumal die einzelnen Kantone notwendigerweise auch in sanitätspolizeilicher Richtung das anordnen und überwachen müssen, was vorderhand der Bund nicht thut, und das gerade auch mit Rücksicht auf die von Schädler angerufenen Artikel 3, 4, 5 und 6 B.-V.

Zum Erlass des Jaucheausfuhrreglementes war der Bezirksrat Einsiedeln kompetent, wie sich aus folgender Erwägung zur Evidenz ergiebt:

Die vom Volke des Kantons Schwyz den 11. Juni 1876 angenommene Verfassung wurde am 20. März 1877 vom Bunde gewährleistet.

Art. 104 dieser genehmigten und zu Recht bestehenden Kantonsverfassung überträgt in litt. *e* die Handhabung der Polizei innerhalb der Gemeinde nach den Polizeiverordnungen dem Gemeinderate. Der Bezirk Einsiedeln bildet zugleich eine politische Gemeinde des Kantons, und der Bezirksrat übt auch die Rechte und Pflichten des Gemeinderates aus. Vollends klar wird die Kompetenz des Bezirksrates Einsiedeln durch die

kantonsrätliche Verordnung betreffend Sanktionierung der Statnten nnd Reglements von Gemeinden und Korporationen u. s. w. vom 30. Juli 1887, welche in § 1, Ziff. 5, die Reglements der Gemeinden betreffend, sanitätspolizeiliche Anordnnngen der regierungsrätlichen Sanktion unterstellt.

Das angefochtene Jaucheausfuhrverbot des Bezirksrates Einsiedeln erhielt diese Sanktion den 20. September 1888, ist damit rechtskräftig nnd seither immer unwidersprochen gehandhabt worden, bis nun Mathias Schädler mit ihm in nähere Berührung kam.

Es wird also nicht bestritten werden können, dass das Jauchereglement von Einsiedeln durchaus anf konstitutionellem Boden steht.

Znfolge Kreisschreibens vom 20. Januar 1875 hat der h. Bundesrat „nichts dagegen einzuwenden, dass die Kantone die in litt. *e* des Artikel 31 B.-V. vorbehaltenen Verfügnngen von sich aus erlassen nnd ohne vorgängige Einholnng der Bnndesgenehmignng in Vollziehnng setzen, indem in betreff dieser Verfügungen die Bundesgenehmigung *nicht* vorgeschrieben ist nnd das praktische Bedürfnis der kantonalen Verwaltungen in der Regel eine rasche Ordnung der in Frage liegenden Verhältnisse erfordert".

Angesichts dieser Bundespraxis ist die „Auffassung" des Mathias Schädler, dass Verordnnngen als znr Verfassung gehörend angesehen werden müssen und also der Gewährleistung durch den Bnnd ebenfalls bedürfen, von selbst hinfällig.

Es liegt nahe, dass jeder Gewerbetreibende, der sich durch die kantonale Polizeigewalt irgendwie verletzt glaubt, gerne den Bund um Hülfe anruft, nnd da mnss eben der überaus allgemein gefasste Art. 31 der Bundesverfassung herhalten. „Jede Ordnung des Gewerbes wird als eine Beschränkung der Freiheit dargestellt", sagt der Bericht der ständerätlichen Kommission über die Geschäftsführnng des Bnndesrates vom Jahre 1874. Und so ist es in der That. Auch Mathias Schädler hat sich dieses Vergnügen nicht versagt. Aber die bnndesrätliche Praxis hat bereits durch eine Reihe von Präjudizien solche Reklamationen richtig qualifiziert.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Vorschriften des Bezirksrates Einsiedeln über die Jancheausfuhr in die Kategorie der Gewerbepolizei gehören (gemäss Art. 31 B.-V.), die in erster Linie Sache der Kantone ist. Dass durch diese gewerbepolizeiliche Vorschrift der Grundsatz der Gewerbefreiheit des Art. 31 beeinträchtigt werde, ist durchaus nicht wahr. Die Jancheausfuhr selbst ist nicht verunmöglicht, noch weniger der Betrieb des landwirtschaftlichen Gewerbes überhaupt. Der Gewerbebetrieb ist lediglich in die richtigen Schranken gewiesen, und es kann namentlich an einer Fremdenstation wie Einsiedeln durchans nicht in das Belieben eines Mathias Schädler oder eines andern Landwirtes gelegt sein, seine Jauche durchs Dorf nnd aus dem Dorfe zu führen zur Belästigung der Bewohner nnd Passanten nnd znm Schaden der Fremden-

industrie, welche eine Lebensbedingung Einsiedelns ist. Da muss das Privatinteresse oder besser gesagt die Privatwillkür dem allgemeinen öffentlichen Interesse weichen; denn es kann auf gewerblichem und volkswirtschaftlichem Gebiet doch nicht alles erlaubt sein, was durch die Bundesverfassnng nicht strikte verboten ist, und eine den öffentlichen Gesundheitsverhältnissen wie dem Fremdenverkehr nachteilige Gewerbeausübung *muss* verhindert werden können; eine Verletzung des Artikels 31 B.-V. wird dadurch nicht begangen, indem dieser Artikel den Kantonen das Recht eingeräumt hat, *geeignete* Verfügungen über die *Ausübung* von Handel und Gewerbe inner den Schranken der Bundesverfassung zu treffen.

Für die bereits anerkannte Richtigkeit dieser Sätze verweisen wir der Kürze halber auf zwei durchaus zutreffende Präjudizien, nämlich den Bundesratsbeschluss betreffend die schwyzerische Tanzverordnung (Bundesblatt 1876, II, 576) und das Bundesgesetz über die Arbeit in den Fabriken, speciell betreffend das Arbeitsverbot zu bestimmter Zeit (Bundesblatt 1877, II, Art. 11—14), und schliessen damit unsere Erörterung auf den Rekurs Schädlers mit dem Begehren: Der hohe Bundesrat möge denselben in allen Teilen abweisen.

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Die Prüfung der administrativen Bundesrekursbehörde kann sich im vorliegenden Falle auf die Frage beschränken, ob das Jaucheausfuhrreglement für das Dorf Einsiedeln vom 1. September 1888, auf Grund dessen der Rekurrent mit Busse belegt worden ist, dem Grundsatze der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31 B.-V.) zuwiderlaufe.

Ob im konkreten Falle Gründe thatsächlicher Natur vorhanden gewesen, aus denen eine Freisprechung des Rekurrenten durch das erkennende Strafgericht hätte erfolgen sollen, entzieht sich der Untersuchung des Bundesrates.

2. Was der vom Rekurrenten ebenfalls angerufene Art. 69 B.-V., welcher dem Bunde das Recht der Gesetzgebung über die gegen gemeingefährliche Epidemien und Viehseuchen zu treffenden gesundheitspolizeilichen Verfügungen verleiht, mit dem erwähnten Reglemente zu schaffen habe, ist nicht ersichtlich.

Ebensowenig können die Art. 3, 4, 5 und 6 der Bundesverfassung als solche im Rekursfalle für den Bundesrat in Betracht kommen; denn soweit ihnen ein besonderer, selbständiger Rechtsinhalt zukommt, ist nicht der Bundesrat, sondern das Bundesgericht die zum Schutze der von ihnen den Bürgern zugesicherten Rechte zuständige Behörde, soweit aber jene Artikel einen Zusammenhang mit Art. 31 B.-V. haben, genügt der Inhalt dieses letztern und die auf denselben sich beziehende bundesrechtliche Praxis vollkommen zur Würdigung der vom Rekurrenten geltend gemachten Gesichtspunkte.

3. Demgemäss stellt sich die eidgenössische Rekursbehörde in casu nur die Frage, ob die Vorschriften des mehrerwähnten Reglementes von Einsiedeln als nach Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung zulässige, d. h. den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigende Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben sich darstellen.

Dabei könnte vielleicht die Vorfrage aufgeworfen werden, ob es sich im Rekursfalle überhaupt um die Ausübung einer gewerblichen Thätigkeit handle. Allein dieselbe wäre wohl unzweifelhaft zu bejahen, indem die Jauchеausfuhr als eine dem Gewerbe der Landwirtschaft dienende, zum Betrieb dieses Gewerbes vorgenommene Handlung erscheint, gleichviel, ob das Gewerbe im Einzelfalle in grösserm oder geringerm Umfange betrieben werde.

4. Nach der feststehenden bundesrechtlichen Praxis ist die aufgestellte Rechtsfrage im Sinne der kantonsgerichtlichen Entscheidung zu beantworten. Denn es wird durch das angefochtene Reglement keineswegs etwa die Jaucheausfuhr verboten, sondern dieselbe nur im Sommer zu gewissen Stunden des Tages und an den Vorabenden von Sonn- und Feiertagen untersagt, und es geschieht dies sowohl im Interesse der öffentlichen Ordnung als im besondern Interesse der zur Sommerszeit von Fremden, insbesondere von Pilgern, zahlreich besuchten Ortschaft Einsiedeln.

Damit hat die zuständige Gemeinde, beziehungsweise Kantonsbehörde, nichts anderes gethan, als was durch wiederholte Entscheidungen der Bundesbehörden als innerhalb des Rahmens des in Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung enthaltenen Vorbehaltes fallend erklärt worden ist: sie hat eine Ordnungsvorschrift erlassen, welche die Handlungsfreiheit beziehungsweise Gewerbefreiheit des einzelnen Bürgers in gewisse, durch öffentliche Interessen gebotene Schranken verweist, gleichwie es durch das eidgenössische Fabrikgesetz geschehen ist, welches die Arbeit zu bestimmten Zeiten untersagt.

Demnach wird beschlossen:

Der Rekurs ist unbegründet und wird daher abgewiesen.

2. Am 2. März 1894 hat der schweizerische Bundesrat den Rekurs des **Ferdinand Strötzel**, Banquier, in Konstanz, gegen ein Urteil der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 8. Juli 1893 wegen angeblicher Verletzung des Art. 31 der Bundesverfassung durch Bestätigung eines erstinstanzlichen Strafurteils betreffend Übertretung des Lotterieverbotes, gestützt auf folgende Erwägungen als unbegründet abgewiesen.

1. In Bezug auf die Aktivlegitimation des Rekurrenten zur Beschwerdeführung.

Der Rekurrent ist durch Urteil der Rekurskommission des Obergerichts des Kantons Thurgau vom 8. Juli 1893 der Übertretung des

thurgauischen Gesetzes vom 18. Dezember 1832, betreffend das Verbot der Lotterie, schuldig erklärt und in Anwendnng des citierten Gesetzes zu einer Geldbusse von Fr. 100 verurteilt worden.

Das Gericht hat angenommen, dass der Rekurrent das Lotterieverbot auf dem Gebiete des Kantons Thurgau übertreten habe.

Von dieser gerichtlich festgestellten Thatsache ausgehend, kann der Bundesrat dem Rekurrenten, obgleich dieser deutscher Staatsangehöriger ist, und seinen persönlichen Wohnsitz und seine Geschäftsniederlassung nicht auf schweizerischem Gebiet, sondern in Konstanz hat, das Gehör nicht versagen, wenn derselbe behauptet, es sei durch das erwähnte Gerichtsurteil ihm gegenüber der durch Art. 31 der schweizerischen Bundesverfassung anerkannte Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit, oder das durch Art. 36 der nämlichen Verfassung gewährleistete Post- und Telegraphengeheimnis verletzt worden. Denn Art. 1 des Niederlassungsvertrages zwischen der Schweiz und Deutschland vom 31. Mai 1890 sichert den Deutschen das Recht zu, dass sie in jedem Kanton auf die nämliche Weise zu behandeln seien, wie die Angehörigen anderer Kantone, dass sie in der Schweiz ab- und zugehen und sich daselbst dauernd oder zeitweilig aufhalten können, und dass ihnen jede Art von Gewerben und Handel, welche den Angehörigen der verschiedenen Kantone erlaubt ist, auf gleiche Weise wie diesen gestattet sei.

Der in der Schweiz wegen einer in der Schweiz begangenen Gesetzesübertretung verurteilte Deutsche erscheint daher zur Beschwerdeführung wegen Verletzung der Artikel 31 und 36 der schweizerischen Bnndesverfassung als legitimiert, auch wenn er nicht in der Schweiz niedergelassen ist.

2. In Bezug auf die Frage, ob der Rekurs nicht verspätet eingereicht sei.

Der Rekurrent beschwert sich über ein von der Rekurskommission des thurgauischen Obergerichts am 8. Jnli 1893 gegen ihn ausgefälltes und am 15. gleichen Monats seinem Bevollmächtigten, Herrn Fürsprecher Deucher in Kreuzlingen, mitgeteiltes Strafurteil.

Er hat gegen dieses Urteil eiuen vom 7. November 1893 datierten, am 8. November dem Bundesrate zngekommenen Rekurs eingelegt.

Nach Massgabe des Art. 190 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bnndesrechtspflege vom 22. März 1893, in Verbindnng mit Art. 178, Ziff. 3, des nämlichen Gesetzes, kann eine Beschwerde wie die vorliegende nur binnen 60 Tagen nach der Mitteilung der kantonalen Verfügung, die den Gegenstand der Beschwerde bildet, erhoben werden. Dieses Gesetz ist jedoch erst am 1. Oktober 1893 in Kraft getreten. Nach dem bis zum 1. Oktober 1893 rechtskräftig gewesenen Organisationsgesetze vom 27. Jnni 1874 bestand für die Beschwerdeführung beim Bundesrate keine Verwirkungsfrist. Nach allgemein anerkanntem Rechtsgrnndsatze läuft die Verjährnngsfrist für einen Anspruch, der bis-

her überhaupt der Verjährung nicht unterlag, erst vom Inkrafttreten des Gesetzes an, das die Verjährung für denselben einführt. In entsprechender Anwendung dieses Rechtssatzes ist die Geltendmachung eines Rechtsmittels, wofür bisher eine Präklusivfrist nicht bestand, nur dann als verspätet anzusehen, wenn die Frist unter der Herrschaft des sie einführenden Gesetzes nnbenutzt abgelaufen ist.

Dieser Fall liegt hier nicht vor.

3. In Bezug auf die Sache selbst.

Der Rekurrent beschwert sich:

a. Wegen Verletzung der durch Art. 31 der schweizerischen Bundesverfassung gewährleisteten Handels- und Gewerbefreiheit;

b. wegen Verletzung des durch Art. 36 der nämlichen Verfassung gewährleisteten Post- nnd Telegraphengeheimnisses.

Ad a. Der Bundesrat hat die Frage nicht zn untersuchen, ob das thnrgauische Gesetz betreffend das Verbot der Lotterien vom 18. Dezember 1832 nicht in Kraft bestehe, er hat sich bloss zu fragen, ob durch das angefochtene Urteil der Rekurskommission des thnrgauischen Obergerichts vom 8. Juli 1893 gegenüber dem Rekurrenten der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit verletzt worden sei. Das fragliche Urteil hat thatsächlich festgestellt, dass in der Geschäftsgebarung des Rekurrenten beim Verkauf von Anleihenslosen das der Lotterie eigentümliche Element des Glückspiels derart im Vordergrunde stehe, dass gesagt werden dürfe, es handle sich in der weitaus grössten Zahl der Fälle um eine Lotterie der gefährlichsten Art, in welches Unternehmen Lente hineingezogen werden, bei denen die Verabfolgung eines Darlehens an den Verkäufer von vornherein ausgeschlossen erscheint.

Demgemäss fällt das Urteil unter den Begriff solcher kantonal-behördlicher Massnahmen, die bestimmt sind, das Publiknm vor Prellerei zu schützen, und es ist daher die vom Standpnnkte des Art. 31 der Bnndesverfassung aus gegen dasselbe erhobene Einwendung nicht stichhaltig.

Ad b. Von einer Verletzung des Postgeheimnisses kann in casu schlechterdings nicht die Rede sein. Es ist ja dem Rekurrenten keine Postsendung angetastet oder eröffnet worden. Die Untersuchnng gegen ihn hat infolge seiner Zeitungsinserate stattgefunden.

3. Rekurs des Huldreich Graf, Mosaikplattenfabrikant in Winterthur, gegen das Urteil des Polizeigerichtspräsidenten in Basel, vom 13. August 1894, betreffend ordnungswidrigen Aufenthalt und Gewerbebetrieb.

(Vom 5. Februar 1895.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

I.

Huldreich Graf, Mosaikplattenfabrikant in Winterthur, wnrde am 13. August 1894 vom Polizeigerichtspräsidenten in Basel wegen ordnnngswidrigem Aufenthalt und Geschäftsbetrieb zn einer Geldbusse von Fr. 10 und zur Zahlung von Fr. 10 für nachträgliche Bewilligung, bei Nichteinbringung der Geldbusse zn zwei Tagen Haft, verurteilt.

Die Direktion der eidgenössischen Bauten hatte bei Graf eine Lieferung von Cementmosaikplatten für das neue eidgenössische Zollgebände in Basel bestellt. Graf führte diese Lieferung aus. Hieranf entsandte er aus Auftrag des eidgenössischen Bauführers zwei Arbeiter nach Basel, die in der Zeit vom 26. Jnli bis und mit 4. Angnst die Platten legten (montierten).

II.

Das Gesetz des Kantons Baselstadt über das Hausierwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbsbetrieb, die öffentlichen Anfführungen nnd Schauvorstellungen, das Trödel- und Pfandleihgewerbe, vom 13. November 1882, enthält in § 9 folgende Bestimmung:

„Unternehmer und Gewerbetreibende, welche von einem auswärtigen Domizil aus hier eine Arbeit ausführen, bedürfen hierzu einer polizeilichen Bewilligung und haben für dieselbe eine Gebühr bis auf Fr. 100 für den Monat zum voraus zu entrichten.

„Den gleichen Bestimmungen unterliegen answärtige Berufstreibende, welche zwar die hiesige Niederlassnng erhalten, aber wegen der voraussichtlich kurzen Daner ihres Aufenthaltes zu den übrigen Stenern nicht herbeigezogen werden können.“

III.

Huldreich Graf hat die in § 9 des vorbenannten Gesetzes geforderte Gewerbebetriebsbewilligung für das Legen der Mosaikplatten im eidgenössischen Zollgebäude in Basel nicht nachgesucht.

Auf Anzeige des Polizeimannes Rütti vom 2. August erging an Graf am 4. Angust ein bedingter Strafbefehl für eine Geldbnsse von Fr. 10, mit eventneller Umwandlung in zwei Tage Haft, nnd eine Zahlungsaufforderung für Fr. 10 als Gebühr der nachträglichen Bewilligung. Mit Schreiben vom 6. August verlangte Graf gerichtliche Benrteilnng. Er erhielt hieranf eine Vorladung vor Präsidentenverhör in Basel auf 13. August.

Mit Schreiben vom 8. Augnst erwiderte Graf, er werde der Vorladung keine Folge leisten. Bei der Verhandlnng vom 13. Angust erschien er dann wirklich nicht. Infolgedessen wurde er ob contumaciam in Anwendung von § 104 des Basler Polizeistrafgesetzbuches zu der im Strafbefehl angedrohten Busse verfällt. Das Urteil wnrde ihm sofort zugestellt. (In der Urteilsausfertigung wird bei Nichteinbringnng der Bnsse eine Haft von drei Tagen in Aussicht gestellt.) Am 20. September erhielt Graf vom kantonalen Polizeidepartement eine Vorberufung auf den 24. gleichen Monats, vormittags 10 Uhr, ins Polizeibureau im Lohnhof zn Basel znr Zahlung der Bnsse oder zu sofortigem Strafantritt, mit der Androhung, dass andernfalls Ausschreibung erfolgen werde.

IV.

Gegen das polizeigerichtliche Urteil vom 13. August 1894 und dessen Vollstrecknng hat mit Reknrseingabe vom 26. September Herr Advokat Dr. Ludwig Forrer in Winterthur namens des Huldreich Graf den Schutz des Bundesrates auf Grund des Art. 31 der Bundesverfassung angerufen.

Der Reknrrent will nicht nntersuchen, ob im allgemeinen die Basler Gesetze über das Hausierwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbebetrieb u. s. w. und über das Polizeistrafwesen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen. Der Bnndesrat hat am 11. Febrnar 1887 in Sachen Eichin und Konsorten das erstere Gesetz in Ansehnng der Bestimmungen über das Trödel- und Pfandleihgewerbe geprüft und mit Art. 31 der Bundesverfassung vereinbar gefunden. Jener Entscheid macht indessen nicht Recht für den vorliegenden Fall. Der Rekurrent betrachtet diesen Fall für sich und bezeichnet das Vorgehen der Basler Behörde als unvereinbar mit seinen Anschauungen über Handels- und Gewerbefreiheit.

Wenn es schwer ist, meint der rekurrentische Anwalt, die Grenze zwischen erlaubten und unzulässigen Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe, zwischen erlaubter und unstatthafter Besteuerung des Gewerbebetriebs zu ziehen, so muss schliesslich der gesunde Menschenverstand entscheiden, mögen die Gelehrten über dieses Kriterinm noch so sehr die Nase rümpfen. Er führt des nähern aus:

„Die Montage von Mosaikplatten, welche man selbst liefert, während einiger weniger Tage ist kein Gewerbebetrieb, also auch kein vorübergehender. Grafs Arbeiter arbeiteten nur für einen zum voraus bestimmten Besteller in aller Stille und Rnhe und machten den Basler Mosaikplattenverkäufern keinerlei Konkurrenz beim dortigen Publiknm; ihre Arbeit war eine einmalige, von vornherein umschriebene, auf kurze Zeit beschränkte. Graf bezahlt in Winterthur seine Stenern und hatte keineswegs die Absicht, die Versteuernng seines Gewerbes zu umgehen.

„Wie weit soll das kommen, wenn die Massnahmen gegen Graf aufrecht erhalten bleiben? Ein sehr angesehener Bürger und Geschäfts-

mann, steht er vielleicht bereits im Basler Fahndungsblatt, inmitten von ebenfalls ausgeschriebenen Dieben und Räubern.

„Der Schuhmacher von Pratteln geht für zwei Tage auf die Stör zu einem Basler Kunden und steht vierzehn Tage später im Fahndungsblatt. Der Dachdecker von Liestal deckt ein Dach in Basel und wird in den Bussenverhaft abgeführt. Der Bauer in Arlesheim bringt Wein in die Stadt, heute, morgen, übermorgen, und sein Knecht lädt den Wein in die Keller des Basler Kunden ab, und wie er am Abend des dritten Tages mit dem leeren Fuhrwerk heimfahren will, hat ihm die Polizei dasselbe bereits verarrestiert — bis zur Zahlung von Fr. 10 Busse und Fr. 10 nachträglicher Gebühr für „vorübergehenden Gewerbebetrieb".

„Das ist viel zu weit gegangen; da ist die Grenze des Zulässigen überschritten."

V.

Der Bundesrat teilte der Regierung von Basel das Rekursmemorial des Herrn Dr. Forrer mit und lud sie ein, ihre eigenen Gegenbemerkungen, sowie diejenigen des Polizeigerichtspräsidenten ihm innerhalb bestimmter Frist einzusenden, inzwischen aber, bis zur Erledigung der Rekurssache, die Vollstreckung des polizeigerichtlichen Urteils einzustellen.

Die Regierung meldete unterm 6. Oktober, dass der Vollzug des angefochtenen Urteils vorläufig sistiert worden sei.

Unterm 20. Oktober sandte sie dem Bundesrate ihre Vernehmlassung über den Rekurs und diejenige des Polizeigerichtspräsidenten ein.

VI.

Der Polizeigerichtspräsident von Basel stellt in seinem Vernehmlassungsschreiben gegenüber einer bezüglichen (hier nicht weiter zu erwähnenden) Bemerkung der Rekursschrift vorerst fest, dass das gerichtliche Verfahren durchaus korrekt vor sich gegangen ist. Sodann bemerkt er zur Sache selbst:

Graf ist in Winterthur domizilierter Unternehmer und Gewerbetreibender; er hat in Basel eine Arbeit ausführen lassen, die als eigentliche Berufsbetreibung zu bezeichnen ist; es handelt sich nicht etwa bloss um Arbeiten, die fertig nach Basel geliefert worden und nur noch eine rasche Aufstellung erforderten, sondern um kunstgerechtes Zusammenfügen der Mosaikplatten. Durch diese Arbeit wird etwas Neues geschaffen, nicht einfach etwas schon Vorhandenes aufgestellt. Das Bodenplattenlegen ist ein eigener Beruf, der nicht notwendigerweise mit dem Berufe eines Verkäufers der Platten verbunden ist.

Das Gesetz über Hausierwesen, Wanderlager, zeitweiligen Geschäftsbetrieb u. s. f. sieht für die Übertretung der Vorschriften betreffend zeitweiligen Geschäftsbetrieb keine Strafen vor; daher musste im vorliegenden Falle das Polizeistrafgesetz angewendet werden; § 104, Lemma 2, des Polizeistrafgesetzes belegt das Betreiben eines Geschäftes ohne Einholung der vorgeschriebenen Bewilligung mit Strafe. Diese Bestimmung ist auf

Graf mit Recht angewendet worden, da er nach § 9 des Gesetzes von 1882 zur Einholung einer Bewilligung für seine Arbeiten verpflichtet war.

Bei solchen Verzeigungen wird regelmässig vom Verzeigten geltend gemacht, er habe von einer derartigen Gesetzesbestimmung nichts gewusst; es wird dann in der Regel nur eine kleine Busse ausgesprochen, oder von Strafe ganz Umgang genommen, in Anwendung von § 14 des Polizeistrafgesetzes.

Die von Forrer in der Beschwerdeschrift, um das Schreckliche der Basler Gesetzesbestimmung recht anschaulich zu machen, angeführten Beispiele sind schlecht gewählt. Der „Schuhmacher von Pratteln" und der „Bauer von Arlesheim" werden nicht bestraft werden; denn es handelt sich ja da gar nicht um einen von einem Unternehmer und Gewerbetreibenden ausgeübten selbständigen Gewerbebetrieb. Dem „Dachdecker von Liestal" könnte es allerdings ergehen wie dem Bodenleger von Winterthur. Dagegen kann er sich durch Bezahlung der jedenfalls nicht hohen Busse die Schande ersparen, „im Basler Fahndungsblatt inmitten von Dieben und Räubern zu stehen" und „in den Bussenverhaft abgeführt zu werden".

VII.

Der Regierungsrat des Kantons Baselstadt bringt seinerseits als Antwort auf den Rekurs Gegenbemerkungen an, die sich auf die vom Rekurrenten behauptete Verfassungswidrigkeit des polizeigerichtlichen Urteils und der ihm zu Grunde liegenden Auslegung des Gesetzes von 1882 beziehen.

Das Basler Gesetz vom 13. November 1882, speciell § 9 desselben, das den zeitweiligen Gewerbebetrieb behandelt, steht durchaus auf dem Boden des Art. 31 der Bundesverfassung.

Das ist bereits in einem Rekursentscheide des Bundesrates, in Sachen Eichin und Konsorten, am 11. Februar 1887 anerkannt worden. Obgleich es sich speciell um die das Trödel- und Pfandleihgewerbe betreffenden Bestimmungen des Gesetzes handelte, griffen die damaligen Rekurrenten auch das Gesetz im ganzen an, als gegen Art. 31 der Bundesverfassung verstossend.

Demgemäss sprach sich der Bundesrat in seinem Entscheide auch über die Verfassungsmässigkeit des ganzen Gesetzes aus, indem er sagte:

„Es wird durch das Gesetz nicht die Ausübung eines der genannten Gewerbe beeinträchtigt oder unmöglich gemacht, sondern der Gewerbebetrieb bestimmten, im Interesse der öffentlichen Sicherheit und Sittlichkeit liegenden Bestimmungen und Beschränkungen und einer, angemessene Grenzen nicht überschreitenden, Steuer unterworfen.

„Vom Standpunkte des Art. 31 der Bundesverfassung aus kann daher weder gegen das fragliche Gesetz im allgemeinen, noch gegen die von den Rekurrenten namhaft gemachten einzelnen Bestimmungen desselben etwas eingewendet werden."

Damit scheint der Regierung von Basel die prinzipielle Frage erledigt zu sein.

Verstösst nun etwa die Anwendung des Gesetzes im vorliegenden Falle gegen den Grundsatz der Gewerbefreiheit? fragt die Basler Behörde weiter.

Der Bundesrat hat bei Entscheidung von Rekursen, die auf Art. 31 abstellen, immer dahin sich ausgesprochen, dass eine Verfassungsverletzung nicht vorliege, wenn die den Kantonen vorbehaltenen Verfügungen sich in mässigen Schranken bewegen und nicht auf dem Umwege einer übertriebenen Steuer die freie Ausübung des Gewerbes unmöglich machen.

Eine Gebühr von Fr. 10 für eine Arbeit, die mehrere Arbeiter während mehr als einer Woche beschäftigt, kann sicherlich keine die Ausübung des Gewerbes erheblich hindernde genannt werden.

Die Regierung des Kantons Baselstadt beantragt deshalb Abweisung des Rekurses.

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Wenn der Bundesrat anlässlich einer Rekursentscheidung im Jahr 1887 sich dahin ausgesprochen hat, es könne gegen das Gesetz des Kantons Baselstadt über das Hausierwesen, die Wanderlager, den zeitweiligen Gewerbebetrieb, die öffentlichen Aufführungen und Schauvorstellungen, das Trödel- und Pfandleihgewerbe, weder im allgemeinen, noch speciell mit Bezug auf die Bestimmungen, welche das letztgenannte Gewerbe betreffen, vom Standpunkte des Art. 31 der Bundesverfassung aus etwas eingewendet werden, so wurde damit von ihm nicht auf das Recht verzichtet, gegebenen Falles auch andere Bestimmungen des Gesetzes auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 31 näher zu prüfen und überhaupt, wie dies in casu auch die Kantonsregierung einräumt, in jedem konkreten Falle zu untersuchen, ob die von der kantonalen Behörde getroffene Anwendung des Gesetzes mit dem Grundsatze der Handels- und Gewerbefreiheit im Einklange stehe.

2. Indem der Bundesrat in diesem Sinne den § 9 des Basler Gesetzes einer nähern Betrachtung unterwirft, anerkennt er, dass die Anwendung dieser Gesetzesbestimmung nach dem Vorbehalte der litt. *e* des Art. 31 der Bundesverfassung bundesrechtlich zulässig sein kann.

Der Kanton Baselstadt ist unzweifelhaft befugt, eine Gewerbebetriebssteuer einzuführen. Sofern durch dieselbe jeder im Kanton sich vollziehende Gewerbebetrieb nach gesetzlich bestimmtem Massstabe getroffen wird, wird dagegen von keinem Gesichtspunkte aus etwas einzuwenden sein.

Wenn jedoch die Gewerbebetriebssteuer nur Gewerbetreibenden auferlegt werden will, die ausserhalb des Kantons Baselstadt wohnen, so kann eine solche Bestimmung — und § 9 des Basler Gesetzes enthält sie wirklich — nicht ohne Einschränkung bundesrechtlich anerkannt werden. Denn man würde mit allgemeiner, unbeschränkter Anwendung

derselben auf den Standpunkt der Bundesverfassung von 1848 zurückkehren, welche in Art. 41, Ziffer 4, nur den Niedergelassenen, freilich unter Gleichstellung derselben mit den Bürgern des Niederlassungskantons, die freie Gewerbeausübung zugesichert hat. Diesem System gegenüber gewährleistet Art. 31 der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 die Handels- und Gewerbefreiheit als ein jedem Schweizer im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft zustehendes Grundrecht. Mit dem Grundsatze der gegenwärtigen Verfassung verträgt es sich nicht, dass alle diejenigen und nur diejenigen Gewerbetreibenden, die im Kanton Baselstadt nicht zur Entrichtung „der übrigen Steuern" herbeigezogen werden können, mit einer Gewerbebetriebssteuer belegt werden. Auf diese Weise belastet sind die Nichtniedergelassenen, ja zufolge des zweiten Absatzes von § 9 leg. cit. sogar die während einer für die Herbeiziehung „zu den übrigen Steuern" zu kurzen Zeit Niedergelassenen der Gewerbefreiheit im Kanton Basel nicht teilhaftig.

Die Anwendung des Basler Gesetzes ist indessen doch nicht in allen Fällen als unzulässig zu betrachten; sie ist zulässig in denjenigen Fällen, die gemäss seiner Absicht und nach der Gesamtheit seiner Bestimmungen genau im Rahmen dieses Gesetzes liegen, d. h. in den Fällen eines Gewerbebetriebes im Umherziehen und eines dem Hausiergewerbe gleichzuachtenden zeitweiligen Gewerbebetriebs. In diesen Fällen hat die bundesrechtliche Praxis von jeher eine besondere Steuerauflage zugelassen, sowohl aus polizeilichen als aus steuerpolitischen Rücksichten; denn gegenüber Leuten mit ambulantem Gewerbebetrieb ist einerseits eine erhöhte Polizeiaufsicht vonnöten, andererseits rechtfertigt sich ihnen gegenüber die Erhebung einer steuerähnlichen Taxe überall da, wo sie ihr Geschäft betreiben.

3. Kann nun die durch die Arbeiter des Rekurrenten in Basel ausgeführte Arbeit unter den Begriff des Gewerbebetriebs im Umherziehen gebracht werden? Offenbar nicht.

Der in Winterthur wohnende Rekurrent hat in einem bestimmten Falle nach Ausführung eines Lieferungsgeschäftes im Auftrag des Bestellers der Ware eine an die Lieferung sich eng anschliessende Arbeit in Basel besorgt. Das ist kein dem Hausiergewerbe gleichkommender zeitweiliger Gewerbebetrieb.

4. Nach den vorstehenden Erörterungen ist § 9 des Basler Gesetzes in bundesrechtlich unzulässiger Weise auf den Rekurrenten angewendet worden. Daher kann auch die auf die Nichtbeachtung dieser Gesetzesbestimmung gesetzte Straffolge den Rekurrenten nicht treffen.

Demnach wird beschlossen:

1. Der Rekurs ist begründet.
2. Infolgedessen wird das am 13. August 1894 gegen den Rekurrenten ausgefällte Urteil des Polizeigerichtspräsidenten von Basel aufgehoben.

4. Rekurs von Aloys Bernhard, Inhaber eines Bankgeschäfts in Zürich, gegen ein Urteil des Obergerichts des Kantons Aargau vom 20. Dezember 1894, wegen angeblicher Verletzung des Art. 31 der Bundesverfassung durch Anwendung des aargauischen Gesetzes vom 8. Mai 1838, betreffend das Verbot der Lotterien und Glückspiele, auf den Prämienloshandel.

(Vom 17. Mai 1895.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

I.

Am 24. Jnni 1894 hat die „Bank für Prämienwerte von Aloys *Bernhard*, Zürich" dem E. Steiner-Nussbaum in Birrwyl (Aargau) einen Prospekt der internationalen Serienlosgesellschaften in Zürich, Frankfurt a./M. nnd Kopenhagen übersandt, mit der Einladung, denselben beizntreten.

Aloys Bernhard wurde deshalb unterm 4. September vom Bezirksgericht Kulm in Anwendung von § 2 des aargauischen Gesetzes vom 8. Mai 1838, betreffend das Verbot der Lotterien und Glückspiele, zu einer Busse von Fr. 100, eventuell zu 25 Tagen Gefängnis, nnd zu den Kosten verurteilt.

Durch Entscheid vom 20. Dezember 1894 hat das Obergericht des Kantons Aargau das erstinstanzliche Urteil bestätigt, im wesentlichen gestützt auf folgende Erwägnngen:

Gemäss § 2 des Gesetzes vom 8. Mai 1838, in Verbindnng mit § 3 der Novelle vom 7. Mai 1851, verfallen alle diejenigen, welche Pläne oder Lose zu nicht bewilligten inländischen oder zu ausländischen Lotterien herumbieten, in eine Bnsse von Fr. 20 bis 100. Diese gesetzlichen Bestimmungen stehen noch in Kraft, weil der Bund von dem ihm nach Art. 35, Lemma 3, der Bundesverfassung zustehenden Recht bis jetzt keinen Gebrauch gemacht hat.

Die Frage, ob der vom Beklagten versandte Plan sich auf eine Lotterie beziehe, ist zu bejahen. Einmal fallen die zwölf ausländischen Unternehmungen, deren Lose ausgeboten werden, unter den Begriff der Lotterien. Allerdings sind es nicht *reine* Lotterien, bei welchen es ganz dem Zufalle anheimgestellt ist, ob der Käufer eines Loses überhaupt einen Gegenwert für den Kanfpreis erhält, sondern es sind *gemischte* Lotterien, nnd zwar speciell *Lotterieanleihen.* Indessen ist auch diese Art der gemischten Lotterien — eine Verbindung des Darlehensvertrages mit einem Spielvertrage — geeignet, die Spiellust des Publikums anzuregen und den Hang zu einem arbeitslosen Gewinn zu verbreiten.

Dass auch anderwärts der Handel mit Prämienlosen als nicht im Interesse des Publikums und der öffentlichen Moral liegend betrachtet wird, ergiebt sich aus dem Gesetz für das deutsche Reich vom 8. Juni 1871

betreffend die Inhaberpapiere mit Prämien. (Vergleiche auch Liszt, deutsches Strafrecht, pag. 466 und 467.)

Sodann hat das Unternehmen der internationalen Serienlosgesellschaften als solches den Charakter einer Lotterie. Mag auch auf der einen Seite in Betracht fallen, dass es sich nur um Serienlose von Lotterieanleihen handelt nnd somit für den Käufer kein oder nur sehr wenig Zins verloren geht, so ist auf der andern Seite festzustellen, dass das Unternehmen des Beklagten alle die Schattenseiten und Nachteile einer Lotterie in viel höherem Masse in sich trägt, als jede der zwölf Unternehmungen an nnd für sich.

Zudem ist der Plan einzig schon geeignet, durch die Art nnd Weise der Darstellung und durch die Bedingungen das Publikum und speciell weniger vermögliche Leute zum Spiele anznlocken.

II.

Mittelst Eingabe d. d. Zürich 28. Februar 1895 ergreift Aloys Bernhard gegen das Urteil des aargauischen Obergerichts vom 20. Dezember 1894 den staatsrechtlichen Rekurs an den Bnndesrat. Was die Natnr der Anleihenslose anbetrifft — nm solche handelt es sich im vorliegenden Falle unbestrittenermassen — verweist der Rekurrent anf den Entscheid des Bnndesrates vom 9. Juni 1892 in Sachen Bernhard contra Regierung von Schwyz (Bundesblatt 1892, III, 915), im ferneren anf den Bericht des Bnndesrates an die Bnndesversammlung über die Motion Joos betreffend Lotterieofferten vom 6. Dezember 1881 (Bundesblatt 1881, IV, 946).

Nachdem bundesrechtlich wiederholt ausgesprochen worden ist, dass Anleihenslose nicht Lotterielose im Sinne der gewöhnlichen Verbote sind, so bleibt nach dem Erachten des Rekurrenten lediglich die Frage zu prüfen, ob sein Geschäftsbetrieb als solcher im Kanton Aargan strafbar sei. Ausser dem Gesetz von 1838 und der Novelle von 1851 bestehen aber dort keine das Lotteriewesen betreffenden Vorschriften und insbesondere keine Bestimmnngen, wonach die Losverkäufer, Anleihenslosbanquiers oder Makler besondere Verpflichtnngen nnd Garantien einzngehen haben. Bernhard ist auch nicht wegen Übertretung einer solchen mit Art. 31 der Bundesverfassung grundsätzlich zulässigen Verordnung, sondern lediglich gestützt auf die oben erwähnten zwei Gesetzeserlasse bestraft worden.

Reknrrent stellt das Gesuch, der Bundesrat möge das obergerichtliche Urteil mit allen seinen Folgen als mit Art. 31 der Bundesverfassnng im Widerspruch stehend anfheben.

III.

Mit Nachtrag vom 8. März 1895 übermachte Aloys Bernhard dem Bundesrate eine beglanbigte Kopie einer Verfügung der aargauischen Staatsanwaltschaft vom 23. Oktober 1891, betreffend die Einstellung der

Untersuchung gegen den Geschäftsreisenden Clemens Michel in Zürich, welcher Verfügung u. a. folgender, vom Rekurrenten zu seinen gunsten angerufener, Passus zu entnehmen ist:

„Hierseitiger Ansicht nach fallen Prämienanleihen, wie die vorliegenden, nicht unter den Begriff von Lotterien (Glückspielen), die im Kanton Aargau laut Gesetz vom 3. Mai 1838 verboten sind."

Bernhard glaubt um so eher sich auf diese Verfügung berufen zu können, als sie in einem analogen Falle, der vor dem nämlichen Bezirksgericht Kulm eingeleitet war, welches ihn jetzt in I. Instanz verurteilt hat, getroffen wurde. Er glaubte nicht, dort einer Bestrafung entgegenzugehen.

Sodann bemerkt der Rekurrent bezüglich des Hinweises des aargauischen Obergerichts auf das deutsche Gesetz vom 8. Juni 1871, dass in seinem Prospekte nur solche Serienlosobligationen angekündigt werden, die durch das citierte Reichsgesetz bewilligt sind. Nach diesem Gesetz bedürfen nur neue Prämienanleihen des Inlandes oder solche ausländische Prämienobligationen, welche bis zum 15. Juli 1871 in Deutschland nicht abgestempelt wurden, der Reichsgenehmigung. Sein Prospekt enthalte aber ausnahmslos nur solche, die vor 1871 emittiert wurden. Der Kanton Aargau besitze keine Bestimmungen über den Handel mit Serienlosobligationen. Wohl aber habe dieser Staat selbst zwei solche Anleihen konzessioniert, nämlich dasjenige von Lenzburg mit Serienloseinteilung und Staatsgarantie (Grossratsbeschluss vom 18. November 1884) und dasjenige von Menziken-Burg.

IV.

Das Obergericht des Kantons Aargau, dessen Gegenbemerkungen zu dem vorliegenden Rekurs die Regierung gleichzeitig mit ihrer Vernehmlassung vom 27. März 1895 unserem Justiz- und Polizeidepartement eingesandt hat, hält in erster Linie an den im angefochtenen Urteil niedergelegten Erwägungen fest. Es ist sich dabei wohl bewusst, dass es mit einem Bundesratsbeschluss vom Jahre 1892 in Sachen Bernhard sich im Widerspruch befinde; allein es kann den in diesem Beschlusse enthaltenen Schlussfolgerungen über die rechtliche Natur der Lotterieanleihen und der entsprechenden Lose nicht beipflichten. Das Obergericht hält vielmehr dafür, dass die Lotterieanleihen, wie übrigens schon der Name sage, Lotterien im Sinne des aargauischen Gesetzes seien, wobei ganz unerheblich sei, dass im Jahre 1838 die verschiedenen, im Zeichen des Verkehrs bald so, bald anders eingerichteten Arten von Lotterien nicht bekannt waren.

Das Gericht führt aus: Der rechtliche Unterschied zwischen der reinen Lotterie und dem Lotterieanleihen besteht nur darin, dass bei letzterem zu dem Lotteriegeschäft, zu der „Lotterie", noch ein Darlehensgeschäft kommt. Dieses Darlehensgeschäft nimmt aber dem Lotterieanleihen den rechtlichen Charakter der Lotterie nicht; ebensowenig ver-

mag er in rechtlicher Beziehung dem Lotterieanleihenslose in der Hauptsache den Charakter eines Lotterieloses zu benehmen. Dass diese Anlehenslose wie die reinen Lotterielose nur durch das Mittel und auf dem Wege der Lotterie realisiert werden, geht aus der Natur des Geschäftes hervor.

Dazu kommt, dass der Rekurrent aus mehreren Lotterien eine neue gegründet hat, bei welcher die rechtlichen Requisite einer Lotterie vorhanden sind.

An dieser Ansicht des Obergerichts vermöge der Umstand nichts zu ändern, dass ein Vertreter der aargauischen Staatsanwaltschaft im Jahre 1891 bei Behandlung einer Anzeige wegen Hausiervergehens erklärt hat, Prämienanleihen fallen nicht unter den Begriff der Lotterien. Abgesehen davon, dass die Erklärung sich nicht auf Prämienanleihen im allgemeinen, sondern auf diejenigen des damaligen konkreten Falles bezieht, hat die Staatsanwaltschaft durch die jetzige Überweisung des Rekurrenten an den Strafrichter, wegen Übertretung des Lotteriegesetzes, über dessen Unternehmung eine gegenteilige rechtliche Auffassung bestimmt ausgesprochen.

Wenn Bernhard Gewicht darauf legt, dass die in seinem Prospekt enthaltenen staatlichen Prämienanleihen durch das deutsche Reichsgesetz von 1871 nicht verboten sind, so versteht es sich von selbst, dass Deutschland nur für die Zukunft legiferieren konnte.

Diesen Ausführungen des Obergerichts schliesst sich die Regierung des Kantons Aargau mit folgenden weitern Bemerkungen an:

Anleihen- oder Prämienlose sind verzinsliche oder unverzinsliche Wertpapiere, welche ihrem Besitzer die Möglichkeit eines Gewinnes auf dem Wege der Lotterie oder Verlosung gewähren. Es besteht daher unzweifelhaft ein gewisser Zusammenhang zwischen diesen Losen und den durch das aargauische Gesetz vom 8. Mai 1838 verbotenen Lotterien, wenn auch damals diese neue Art von Losen nicht bekannt war. Das Gesetz hat den offenbaren Zweck, den Spieler vor den schlimmen Folgen des Gewinn- und Glückspiels zu schützen, es wollte, wie sich der Referent der Grossratskommission, Heinrich Zschokke, 1838 aussprach, *„den leichtgläubigen Einsetzer vor Prellereien der Lotterieveranstalter bewahren!“* Wenn nun auch zugegeben werden muss, dass der Verkauf und die Auslosung von Wertpapieren an und für sich kein strafbarer Geschäftsbetrieb ist, so kann er doch einen Charakter annehmen, der ihn unbestritten in die Kategorie jener Lotteriegeschäfte stellt, welches das Gesetz verbieten will.

Auf diesem Standpunkt stehend, hat der Regierungsrat in frühern Fällen, wo es sich um den Vertrieb von Prämien- oder Anleihenslosen handelte, diesen gestattet, wenn Garantie geboten war, dass kein Missbrauch und keine Ausbeutung der Loskäufer stattfinde. Dies geschah anlässlich der Bewilligung der Prämienanleihen der Stadt Lenzburg und der Kirchgemeinde Menziken, deren Ausführung durch die Organe der

Staatsbehörden mit Leichtigkeit kontrolliert werden konnte. Anders liegen die Verhältnisse bei auswärtigen Losverkaufgeschäften. Bezüglich dieser bestimmt § 1 der vom Regierungsrat des Kantons Aargau unterm 25. März 1892, gestützt auf Art. 93 der Staatsverfassung und in Vollziehung des Gesetzes über den Markt- und Hausierverkehr vom 12. März 1879, erlassenen Verordnung betreffend den Geschäftsbetrieb auswärtiger Bankgeschäfte im dortigen Kanton: „Auswärtige Bankgeschäfte, welche im herwärtigen Kanton durch eigene Vertreter, Geschäftsführer, Angestellte oder Agenten gewerbsmässig Bankgeschäfte irgend welcher Art betreiben, sind verpflichtet, im Kanton ein Rechtsdomizil zu verzeigen, und unterliegen hinsichtlich der im Aargau von ihnen betriebenen und abgeschlossenen Geschäfte den gleichen gesetzlichen Bestimmungen über Besteuerung und den gleichen behördlichen Erlassen betreffend staatliche Beaufsichtigung, wie die aargauischen Kreditinstitute"; ferner bestimmt § 2: „Der gewerbsmässige Verkauf von sogenannten Prämienobligationen oder Prämienanleihenslosen gegen Ratenzahlung wird vom Markt- und Hausierverkehr ausgeschlossen."

Der Erlass dieser Bestimmungen war notwendig geworden durch das geradezu gemeingefährliche Geschäftsgebaren des Rekurrenten Bernhard selbst. Wenn nun dieser der ihm wohlbekannten Regierungsverordnung zuwiderhandelt, so muss es der Regierungsrat begrüssen, dass die Gerichte intervenieren, weil gerade das Geschäftsgebahren des Rekurrenten sich als ein solches erwiesen hat, welches das Lotteriegesetz strafbar erklärt. Die schlimme Seite des Geschäftsgebarens des Bernhard besteht nämlich, wie durch zahlreiche Fälle im herwärtigen Kanton und in andern Kantonen evident nachgewiesen und auch vor dem zürcherischen Schwurgericht im Fall Bernhard contra Krebs gehörig beleuchtet und dort als gemeinschädlich anerkannt worden ist, darin, dass den Loskäufern nur sogenannte Interimsscheine (wertlose Papiere) ausgehändigt werden, bis die drei Jahre lang monatlich zu zahlenden Raten bezahlt sind. Die Lose werden mittlerweile dem Käufer einfach durch briefliche Erklärung „zugeteilt". Dieser weiss aber nicht, ob sie der Verkäufer wirklich besitzt oder ihm nicht vielmehr andere unterschiebt. Bezahlt er zudem die Raten nicht vollständig, so ist er in der Regel geprellt, da er sein eingezahltes Geld nicht mehr erhält. In neuerer Zeit sind die Ratenloshändler, darunter auch der Rekurrent, auf den Plan verfallen, Anteile von angeblich gezogenen Serienlosen zu verkaufen und hierbei die bedeutend höhern Kurse dieser Lose zu berechnen. Dass die Gewinn- und Verlustchancen und damit das Risiko bei einem solchen „Geschäfte" viel grösser sind, ist einleuchtend. Dabei unterläuft aber ein Schwindel und Betrug; es ist nämlich ein Ding der Unmöglichkeit, alle versprochenen Serienlose, die erst in Zukunft einmal gezogen werden sollen, heute schon zur Verfügung zu halten. Die Unternehmung ist aber so schlau, sich in den Vertragsbestimmungen das Hinterthürchen offen zu halten, dass im Falle der Nichterhältlichkeit der betreffenden Lose andere

beliebige Papiere dafür substituiert werden können. Das ist natürlich die Regel, die Erfüllung des Vertrages die Ausnahme. Unter solchen Umständen kann von einem reellen Prämienlosgeschäft keine Rede sein. Wie das Bezirksgericht Kulm, hat sich auch das Bezirksgericht Zofingen veranlasst gesehen, mehrere Agenten und Vertreter von sogenannten Serienlosgesellschaften mit hoher Geldbusse zu belegen.

Es handelt sich hier um einen wahren Krebsschaden! Unter der harmlosen Form von Bankgeschäften wird ungestraft unreelle Ausbeutung im grossen betrieben. Es darf daher wohl erwartet werden, dass die oberste Landesbehörde die Kantonalbehörden im Kampf gegen diesen schlimmen socialen Auswuchs unterstützen werde!

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Es ist allerdings durch Entscheidung des Bundesrates vom 9. Juni 1892 in Sachen Aloys Bernhard contra Schwyz (Bundesblatt 1892, III, 915 ff.) festgestellt worden, dass der Handel mit Prämienobligationen nicht schlechthin dem kantonalen Lotterieverbot unterworfen werden könne, gleichzeitig hat der Bundesrat aber auch ausgeführt, dass die Kantonsbehörden befugt seien, diesen Handel in mehrfacher Hinsicht Beschränkungen zu unterwerfen, ohne dass von Beeinträchtigung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit gesprochen werden könne, und dabei an seine Schlussnahme von 1888 im Rekursfalle des heutigen Beschwerdeführers gegen die Behörden von Baselstadt erinnert (Bundesblatt 1888, IV, 93), durch welche ein Verbot des Verkaufs von Anlehenslosen ohne wirkliche Besitzesübertragung den Verfügungen beigezählt wurde, welche den Zweck haben, das Publikum im Handelsverkehr vor Prellerei zu schützen.

In seiner Entscheidung von 1892 vindizierte der Bundesrat für die Kantonsbehörden namentlich ein strenges Aufsichtsrecht über diesen Geschäftsverkehr, indem er ihnen das Recht zusprach, den Handel mit Prämienwerten einer obrigkeitlichen Bewilligung zu unterstellen und diese bloss bei untadelhaften persönlichen und geschäftlichen Verhältnissen des Händlers und seiner für das Kantonsgebiet zu bestellenden Agenten, bei vollkommener Klarheit und Sicherheit des Geschäftsplanes etc. zu erteilen; ferner: eine Kaution auszubedingen, die Wahl eines Rechtsdomizils im Kanton vorzuschreiben; weiter: den Ratenlosverkauf ohne Übertragung der Originaltitel gänzlich zu untersagen und unter Strafe zu stellen, u. a. m.

Wie die Regierung des Kantons Aargau in ihrer Vernehmlassung einlässlich darthut, ist das angefochtene Strafurteil über den Rekurrenten ergangen, weil sein Geschäftsgebaren sich als ein solches erwiesen hat, wie das aargauische Lotteriegesetz vom 8. Mai 1838 es im Auge hat und für strafbar erklärt. Dieses Gebaren lässt so ziemlich alle jene

Kautelen als dringend wünschbar erscheinen, welche nach den Ausführungen unter Ziffer 1 die Kantonsbehörden in Bezug auf den Handel mit Prämienwerten zum Schutze des Publikums vor Prellerei zu verlangen und vorzuschreiben berechtigt sind; die Geschäftsusancen des Rekurrenten entsprechen diesen Anforderungen in keiner einzigen Beziehung; sie sind vielmehr derart, dass dabei der Ankauf von Anleihenslosen dem Einsatz in eine Lotterie der Sache nach vollkommen gleichkommt. Wenn nun die kantonalen Gerichte ebenfalls gefunden haben, der Vertrieb von Anleihenslosen in der von Aloys Bernhard beliebten Weise komme einem reinen Lotteriegeschäft gleich und erscheine wie ein solches strafbar, so hat der Bundesrat gegen diese Auffassung nichts einzuwenden. Das Lotteriewesen ist, solange der Bund nicht von der ihm in Art. 35 der Bundesverfassung verliehenen Kompetenz Gebrauch macht, der kantonalen Gesetzgebungshoheit unterstellt. Ob auf ein strafwürdiges Geschäftsgebaren im Prämienloshandel die Strafbestimmungen betreffend die Lotterien oder selbständige Strafsätze angewendet werden, kann unter dem Gesichtspunkte des Art. 31 der Bundesverfassung nicht in Betracht fallen.

3. Diese Erwägungen stehen in vollkommenem Einklange mit der bundesrätlichen Entscheidung vom 2. März 1894 in der Rekurssache des „Bankiers" Ferdinand Strötzel in Konstanz gegen die Strafurteile der thurgauischen Gerichtsbehörden vom 12. Mai und 8. Juli 1893 (vergl. Bundesbl. 1894, I, 617; 1895, II, 144).

Demnach wird beschlossen:

Der Rekurs ist unbegründet und wird daher abgewiesen.

5. Rekurs der Frau Elise Linder geb. Gasser, in Bolligen, gegen ein Urteil der Polizeikammer des Kantons Bern vom 4. September 1895, betreffend Übertretung des bernischen Wirtschaftsgesetzes vom 15. Juli 1894.

(Vom 10. April 1896.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

I.

Das bernische Gesetz über das Wirtschaftswesen und den Handel mit geistigen Getränken vom 15. Juli 1894 bestimmt in § 33, Abs. 2, und § 34:

„Als Grosshandel wird betrachtet der Handel mit Wein oder Bier in Quantitäten von mindestens zwei Litern, sowie der Handel mit gebrannten Wassern in Quantitäten von mindestens 40 Litern durch Personen, welche als Grosshändler in diesen Artikeln im Handelsregister eingetragen sind.

„Der Grosshändler in geistigen Getränken hat sich in die Kontrolle des Regierungsstatthalters eintragen zu lassen.“

Dagegen schreibt Art. 19 der Vollziehungsverordnung zu diesem Gesetz vom 10. August 1894 vor:

„Wer den Grosshandel in geistigen Getränken betreiben will, hat sich in das Handelsregister und in die Kontrolle des Regierungsstatthalters eintragen zu lassen.“

Gesetz und Verordnung sind am 1. Januar 1895 in Kraft getreten.

II.

Mit Cirkular vom 4. Februar 1895 hat der Regierungsstatthalter von Bern die in seinem Bezirk gelegenen, unter der Herrschaft des alten Gesetzes in seiner Kontrolle eingetragenen Grosshändler von geistigen Getränken noch besonders auf die Neuordnung der Dinge aufmerksam gemacht und sie eingeladen, falls sie auch fernerhin das Gewerbe eines Grosshändlers zu betreiben fortfahren wollen, sich innert 14 Tagen bei ihm schriftlich anzumelden und in dieser Anmeldung das Datum des Eintrags in das Handelsregister anzugehen.

III.

Durch Urteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 5. September 1895 wurde Frau Elise Linder geb. Gasser in Bolligen, in teilweiser Bestätigung des Urteils des Polizeirichters von Bern vom 16. Juli gleichen Jahres, der Widerhandlung gegen § 34 des Wirtschaftsgesetzes und Art. 19 der Vollziehungsverordnung schuldig erklärt und verurteilt zu Fr. 5 Busse und Fr. 3. 70 erstinstanzliche und Fr. 21 oberinstanzliche Kosten.

IV.

Gegen das Urteil der bernischen Polizeikammer hat Frau Linder mit Eingabe vom 10. Oktober 1895 den Rekurs an den Bundesrat ergriffen. Die Rekurrentin bestreitet nicht, seit dem 1. Januar 1895 Grosshandel mit geistigen Getränken betrieben zu haben, ohne sich ins Handelsregister eintragen zu lassen und ohne der Einladung zur Anmeldung beim Regierungsstatthalter Folge geleistet zu haben; aber sie hält sich zur Eintragung in das Handelsregister gemäss dem schweizerischen Obligationenrecht nicht für verpflichtet und beruft sich auf ihre Eintragung in die Kontrolle des Regierungsstatthalters vom Jahr 1892.

Frau Linder verlangt Aufhebung des angefochtenen Urteils als mit dem Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit im Widerspruch stehend.

V.

Die Vernehmlassung des Regierungsrates des Kantons Bern vom 22. Februar 1896 auf den vorliegenden Rekurs lautet im wesentlichen folgendermassen:

Zweck des Gesetzgebers war, durch Aufstellung der sub I hiervor erwähnten Vorschriften einerseits eine polizeiliche Kontrolle über die im ganzen Lande zahlreich verbreiteten Verkaufsstellen von Wein, über deren schädlichen Einfluss auf ihre Umgebung häufige Klagen laut wurden, zu ermöglichen, anderseits diese Verkaufsstellen zu einem geordneten kaufmännischen Betriebe zu veranlassen, indem man annahm, dass Personen, welche einen solchen zu führen nicht im stande seien, auch hinsichtlich der Realität und der sanitarischen Beschaffenheit der Getränke, sowie hinsichtlich der Einrichtung von sanitarisch zweckmässigen Aufbewahrungsräumlichkeiten, nicht die erforderliche Garantie bieten.

Ob die Eintragung in das Handelsregister A oder B zu erfolgen habe, darüber hatten das Gesetz und die Vollziehungsverordnung sich nicht auszusprechen, indem für diese Frage die Vorschriften der Bundesgesetzgebung massgebend sind.

Der Hinweis der Rekurrentin auf die im Jahre 1892 erfolgte Eintragung in die Kontrolle des Regierungsstatthalters ändert an der Schuldfrage nichts, da durch des neue Wirtschaftsgesetz eine Neuordnung des Wirtschaftswesens und des Handels mit geistigen Getränken eingetreten ist, infolge deren selbstverständlich jeder Händler mit geistigen Getränken sich nach den neuen Vorschriften zu richten hatte.

Nach Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung sind den Kantonen Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe vorbehalten, sofern dieselben den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen. Diese Bestimmung bleibt auch angesichts des Art. 32bis, Abs. 2, hinsichtlich des Handels mit geistigen Getränken im allgemeinen bestehen. Dass aber § 34 des Wirtschaftsgesetzes und Art. 19 der zudienenden Vollziehungsverordnung den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigen sollten, ist nicht einzusehen.

Aus den hiervor angebrachten Gründen stellt die Regierung das Gesuch, es sei der Rekurs der Elise Linder geb. Gasser als unbegründet abzuweisen.

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Es besteht keine Meinungsverschiedenheit darüber, dass der Kanton Bern berechtigt ist, von denjenigen, welche mit geistigen Getränken Grosshandel treiben wollen, die Anmeldung zur Eintragung in die Kontrolle des Regierungsstatthalters zu verlangen. Die Rekurrentin ist indessen im Irrtum, wenn sie glaubt, ihre im Jahre 1892 erfolgte Eintragung in die Kontrolle habe für alle Zeiten Geltung. Nach Erlass des neuen Wirtschaftsgesetzes waren die bernischen Behörden berechtigt, diese Kontrolle einer Revision zu unterwerfen und zu dem Zwecke auch die bisher eingetragenen Personen zu neuer Anmeldung aufzufordern.

Eine andere Frage dagegen ist, ob die bernischen Behörden befugt waren, die Eintragung in die Kontrolle des Regierungsstatthalters und

damit die Ausübung des Grosshandels mit geistigen Getränken davon abhängig zu machen, dass der Bewerber auch im Handelsregister eingetragen sei.

2. Als „Grosshandel" mit geistigen Getränken, welche nicht gebrannt sind (Wein, Bier u. s. w.), ist nach Art. 31. litt. *c*, und Art. 32bis, Abs. 2, der Bundesverfassung der Handel in Quantitäten von mindestens 2 Litern anzusehen, während nach Art. 8 des Bundesgesetzes betreffend gebrannte Wasser vom 23. Dezember 1886 der Verkauf von gebrannten Wassern aller Art in Quantitäten von mindestens 40 Litern als „ein freies Gewerbe (Grosshandel)" zu gelten hat.

Nach den Bestimmungen des Obligationenrechts (Art. 865, Abs. 4) und Art. 3 des Ergänzungsgesetzes vom 11. Dezember 1888 sodann und der bundesrätlichen Vollziehungsverordnung vom 6. Mai 1890, Art. 13, sind diejenigen Handelsleute (auch die, welche mit geistigen Getränken Handel treiben) zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, deren Warenlager einen Wert von mindestens Fr. 2000 hat und die einen Jahresumsatz von mindestens Fr. 10,000 aufweisen.

Das Bundesrecht stellt also den Begriff des „Grosshandels" mit geistigen Getränken ohne Rücksichtnahme auf die Pflicht des Handeltreibenden zur Eintragung ins Handelsregister auf; es verpflichtet nicht denjenigen, der „Grosshandel" treibt, als solchen zur Eintragung ins Handelsregister.

Anders die bernische Gesetzgebung.

Wie uns die Kantonsregierung sagt, hat § 33 des Wirtschaftsgesetes in Art. 19 der regierungsrätlichen Vollziehungsverordnung seine richtige Auslegung und Ausführung gefunden. Die Bundesrekursbehörde hat feststehender Praxis gemäss die kantonsbehördliche Erklärung über den Sinn und die Tragweite des kantonalen Rechts als massgebend zu betrachten. Demzufolge ist anzunehmen, dass die Gesetzgebung des Kantons Bern alle diejenigen, welche mit geistigen Getränken Grosshandel treiben wollen, zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet. Der erwähnte Art. 19 spricht diese Verpflichtung in unmissverständlicher Weise aus.

Der Bundesrat erachtet eine solche kantonale Zwangsbestimmung für unzulässig.

3. Die Bestimmungen der Bundesgesetzgebung über die Pflicht der Handel- und Gewerbetreibenden, sich ins Handelsregister eintragen zu lassen und die zufolge bundesrechtlicher Normen mit dieser Eintragung verknüpften Rechtsfolgen (Wechselstrenge, Konkursfähigkeit, Pflicht zur ordnungsgemässen Buchführung u. s. w.) auf sich zu nehmen, bilden Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerben, wie sie Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung vorsieht und als zulässig erklärt, sofern sie nicht den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst beeinträchtigen. Nachdem der Bund in dieser Richtung gesetzgeberisch vorgegangen und die Grenzscheidung zwischen Kaufleuten, die eintragspflichtig sind, und solchen, die es nicht sind, vorgenommen hat, bleibt für die Kantone kein Raum zu einschlägiger Gesetzgebung übrig.

Demgemäss kann sich eine Kantonsbehörde nicht auf Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung berufen, um gegenüber Kaufleuten einen über das Bundesrecht hinausgehenden Zwang zur Eintragung ins Handelsregister zu üben.

Zuzugeben ist, dass den Kantonen in Hinsicht auf den Handel mit geistigen Getränken durch Art. 32bis der Bundesverfassung die Befugnis im allgemeinen nicht entzogen ist, Verfügungen, wie sie Art. 31, litt. *e*, vorsieht, zu treffen. Allein, einmal dürfen solche Verfügungen nicht mit dem positiven Bundesrechte in Kollision geraten und sodann dürfen sie nicht den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit an sich beeinträchtigen.

In der letztern Beziehung nun ist zu bemerken, dass das verfassungsmässige Freiheitsrecht auch dann beeinträchtigt wird, wenn unnütze, zwecklose polizeiliche Vorschriften, Anflagen, Beschränkungen aufgestellt werden. Die Bundesrekursbehörde kann sich des Eindruckes nicht erwehren, dass man es im vorliegenden Falle mit einer solchen unzulässigen Vorschrift zu thun hat. Die Eintragung kleiner Händler in das Handelsregister ist zur Ausübung einer „polizeilichen Kontrolle“, die vom bernischen Regierungsrat als Zweck des Gesetzgebers hervorgehoben wird, weder nötig noch geeignet; die Eintragung in die Kontrolle des Regierungsstatthalters genügt hierfür vollständig. Die „Realität und sanitarische Beschaffenheit der Getränke“ oder die „Einrichtung von sanitarisch zweckmässigen Aufbewahrungsräumlichkeiten“ hängen in keiner Weise von der Eintragung in das Handelsregister ab. Ob kleine Leute durch die Eintragung ins Handelsregister „zu einem geordneten kaufmännischen Betrieb“ veranlasst werden können, mag dahingestellt bleiben; sicher ist, dass ein Kanton sie dadurch nicht zu ordnungsmässiger Führung von Geschäftsbüchern zwingen kann, da hierzu nur die durch das Bundesgesetz (O.-R. Art. 877) zur Eintragung verpflichteten Geschäftsleute verhalten sind.

4. Aus den vorstehenden Erörterungen folgt, dass der Kanton Bern nicht berechtigt ist, den Betrieb des „Grosshandels“ mit geistigen Getränken von der Eintragung in das Handelsregister abhängig zu machen.

Es konnte der Rekurrentin aber auch nicht zugemutet werden, der Aufforderung des Regierungsstatthalters zur Eintragung in dessen Kontrolle nachzukommen, da das Schreiben dieses Beamten an die Rekurrentin vom 4. Februar 1895 die Erklärung enthielt, die neuen Anmeldungen für Ausübung des Grosshandels in geistigen Getränken können erst angenommen werden, nachdem der Anmeldende sich in das Handelsregister habe eintragen lassen.

Demnach wird beschlossen:

1. Der Rekurs ist begründet.
2. Infolgedessen wird das Strafurteil der Polizeikammer des Kantons Bern vom 4. September 1895 aufgehoben.

(Vom 4. Juni 1896.)

Durch Urteil des Polizeirichters von Bern vom 12. Dezember 1895 wurde Frau Elise Linder geb. Gasser, in Bolligen, in Anbetracht, dass sie nach den Akten geständig und durch die Depositionen unverdächtiger Zeugen überwiesen war, Sonntag den 13. Oktober 1895 an G. Badetscher zwei Liter Wein verabfolgt zu haben, der Widerhandlung gegen das bernische Wirtschaftsgesetz von 15. Juli 1894 und die Vollziehungsverordnung vom 10. August 1894 schuldig erklärt und, in Anwendung der §§ 34, 41, Ziff. 1, Art. 19, etc., leg. cit., polizeilich zu Fr. 35 Busse und Fr. 15. 70 Staatskosten verurteilt.

Gegen dieses Erkenntnis erklärte Frau Linder am 21. Dezember 1895 die Appellation.

Die Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern bestätigte indessen unterm 7. März 1896 das erstinstanzliche Urteil, reduzierte zwar „mit Rücksicht auf die Aktenlage" die Busse von Fr. 35 auf Fr. 25, legte aber der Appellantin die entstandenen Rekurskosten im Betrage von Fr. 22 auf.

Mit Eingabe vom 2. April dieses Jahres rekurrierte Frau Elise Linder geb. Gasser gegen das Urteil der bernischen Polizeikammer vom 7. März 1896, als mit Art. 32bis der Bundesverfassung im Widerspruch stehend, an die Bundesbehörden und verlangte Aufhebung desselben.

Der Bundesrat hat den Rekurs, gestützt auf folgende Erwägungen, abgewiesen:

1. Wie der Bundesrat bereits in den Erwägungen zu seinem Beschlusse vom 10. April 1896 in der Rekurssache der Frau Elise Linder geb. Gasser gegen das Urteil der Polizeikammer des Kantons Bern vom 4. September 1895 festgestellt hat, ist den Kantonen durch Art. 32bis der Bundesverfassung die Befugnis im allgemeinen nicht entzogen, Verfügungen, wie sie Art. 31, litt. *e*, vorsieht, zu treffen.

2. Die Bestimmung des § 41, Ziff. 1, des bernischen Wirtschaftsgesetzes vom 15. Juli 1894 ist eine solche Verfügung. Ein Verbot des Verkaufs geistiger Getränke über die Gasse nach 8 Uhr abends, sowie an Sonn- und Festtagen, durch andere Verkaufsstellen als die — unter öffentlicher, polizeilicher Kontrolle stehenden — Wirtschaften rechtfertigt sich, wie die Polizeikammer des Kantons Bern richtig bemerkt, aus Gründen des öffentlichen Wohls, im Interesse der Sonntagsruhe und zur Verhütung sonntäglicher Trinkgelage. Es kann nicht gesagt werden, dass dadurch der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigt werde. Dieses Verbot ist keine zwecklose polizeiliche Beschränkung.

6. Rekurs der Lina Merz, von Leimbach und Beinwil (Aargau), in Bern, gegen das Strafurteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 13. November 1895, betreffend das Vergehen der Amtsanmassung durch unbefugte Ausübung der Verrichtungen einer „Leichenbitterin" in der Stadt Bern.

(Vom 18. August 1896.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

I.

In Nachachtung des Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung hat das Gesetz über die Organisation des Kirchenwesens im Kanton Bern vom 18. Januar 1874 in § 3 und auf dessen Grnndlage das grossrätliche Dekret betreffend das Begräbniswesen, vom 25. November 1876 (§ 1), das Begräbniswesen als Ortspolizeisache erklärt.

In Ausführung des grossrätlichen Dekrets wurde vom Gemeinderat der Stadt Bern am 29. Dezember 1879 eine Begräbnis- und Friedhofordnung erlassen, die u. a. folgende Bestimmnngen enthält:

„§ 1. Jeder Todesfall ist längstens innerhalb 48 Stunden von den Angehörigen oder Hansgenossen, nach eingeholter ärztlicher Todesbescheinigung, unter Angabe von Zeit und Ort des Todes, Namen, Heimat, Alter etc. des Verstorbenen, dem Civilstandsbeamten anzuzeigen (Gesetz und Verordnungen über Civilstand)."

„§ 2. Mit der vom Civilstandsbeamten ausgestellten Todesbescheinignng begiebt sich der Anzeigende auf die Stadtpolizei, um die Beerdigungsbewilligung anszuwirken.

„Ohne dieselbe darf kein Leichnam beerdigt werden."

„§ 3. Die Stunde des Leichenbegängnisses wird gemäss §§ 14 nnd 15 des Dekretes über das Begräbniswesen vom 25. November 1876 von der Stadtpolizei bestimmt.

„Der Abgang vom Trauerhause hat genau zu der bestimmten Stunde stattzufinden."

„§ 4. Die Veranstaltung des Leichenbegängnisses und der Beerdignng, sowie die daherigen Kosten fallen den Hinterlassenen auf, diejenigen Fälle ausgenommen, in welchen das Gesetz oder Staatsverträge etwas anderes bestimmen."

„§ 5. Diese Veranstaltung und die Besorgung aller für das Leichenbegängnis und die Beerdigung nötigen Vorkehren kann von den Betreffenden den durch die Polizeikommission bezeichneten Leichenbitterinnen übertragen werden, welche dieselben nach hiesiger Übung und nach Weisung der Stadtpolizei gegen die tarifmässigen Gebühren auszuführen haben."

II.

Von Alters her besteht in der Stadt Bern das Institut der „Leichenbitterinnen“ (früher Leichenladnerinnen genannt). Bis 1805 war es ein durchaus freies Gewerbe. Von da an wurde es der Kontrolle der Stadtpolizei unterstellt. Die Leichenladnerinnen hatten sich im Polizeibureau anzumelden und ihre Namen in eine Matrikel setzen zu lassen. Im Jahre 1823 wurde für sie eine Instruktion erlassen, gemäss welcher die sämtlichen (fünf) Leichenladnerinnen zu getreuer Erfüllung der amtlichen Vorschriften ins Handgelübde genommen wurden. Die Leichenbitterinnen waren Gemeindeangestellte geworden.

Im Jahre 1880 unterzog die Polizeikommission der Stadt Bern diese Instruktion einer Revision. Die vom 12. Februar 1880 datierende neue Instruktion lautet wie folgt:

„*Instruktion für die Leichenbitterinnen.*

1.

Dieselben werden auf den Vorschlag des Polizeiinspektors von der Polizeikommission auf alljährliche Bestätigung hin ernannt und vom Polizeiinspektor ins Gelübde aufgenommen. Als Angestellte der Stadtpolizei stehen sie unter der Polizeikommission und direkt unter dem Polizeiinspektor, dessen Weisungen sie in Erfüllung ihres Amtes zu befolgen haben.

2.

Sie sollen sich mit den jeweiligen Vorschriften über das Begräbniswesen vertraut machen, dieselben genau befolgen, die Betreffenden darauf aufmerksam machen und Widerhandlungen dem Polizeiinspektor anzeigen.

3.

Sie haben jeden Auftrag (§ 6 der Begräbnisordnung) zur Besorgung der für das Leichenbegängnis und die Beerdigung nötigen Vorkehren seitens derjenigen, denen deren Veranstaltung obliegt, zu übernehmen und nach hiesiger Übung auszuführen.

Diese Besorgung begreift in sich:

a. die sofortige Anzeige des Todesfalles an das Civilstandsamt (§ 1);
b. im Falle der Versiegelung auf Verlangen der in Satzung 501 bezeichneten Personen (Erben, Familien- oder Hausgenossen) die Bestellung des Versiegelungsbeamten (§ 2);
c. die Auswirkung der Beerdigungsbewilligung (§ 3);
d. das Vertragen der Todesanzeigen — faire part — auf die Post;
e. das Ausfertigen und Vertragen der Einladungen zum Leichenbegängnis an die Verwandtschaft;
f. die Bestellung des Sarges, eventuell die in § 7 vorgesehene Angabe des Masses an den Totengräber und Leichenfuhrunternehmer;

g. die Bestellung von Leichenwagen und Kntschen und der dazu erforderlichen Bedienung;
h. die Mitteilung an die Polizei, wenn polizeiliches Geleite ausdrücklich abgelehnt wird (§ 9);
i. die Bestellung der besondern Sargtücher;
k. die rechtzeitige Anwesenheit im Trauerhause vor der für das Leichenbegängnis (§ 3) bestimmten, beziehungsweise für das Leichengebet angesetzten Stunde, und zwar in anständiger schwarzer Kleidung, und die Anordnungen aller fernern Verrichtungen in der Weise, dass genau zur bestimmten Stunde abgefahren wird;
l. specifizierte Rechnungslegung über die verschiedenen Bestellungen.

4.

Für die sub 3 angeführten Verrichtungen haben die Leichenbitterinnen die im Tarif bestimmte Gebühr und nicht mehr zu beanspruchen. Weitergehende Aufträge, z. B. die Dekorierung von Zimmern oder hier nicht übliche Vorkehren, werden besonders bezahlt. Wenn letztere ausserhalb des Trauerhanses getroffen werden sollen, so ist die Leichenbitterin verpflichtet, dem Polizeiinspektor davon Mitteilnng zu machen, beziehungsweise dessen Bewilligung einzuholen.

5.

Diese Instruktion ist auf Verlangen den Auftraggebern vorzuweisen. Die Leichenbitterinnen haben sich jeder Abänderung derselben durch die Polizeikommission zu unterziehen.

III.

Nach dem Tode der Frau Leuenberger-Meister, einer amtlich bestellten Leichenbitterin, erliess Lina Merz, die Rekurrentin, im „Anzeiger für die Stadt Bern“ (Nr. 56 und 67 vom 7. und 20. März 1895) eine Anzeige des Inhaltes, dass sie alle Aufträge bei vorkommenden Leichenbegängnissen besorge, „als langjährige Gehülfin und Stellvertreterin der sel. verstorbenen Frau Leuenberger-Meister, gewesene Leichenbitterin“.

IV.

Der Polizeikorporal Äbi erstattete hierüber wegen Amtsanmassung der Lina Merz an die städtische Polizeidirektion (II. Abteilung) Bericht und diese leitete die Anzeige an das Regierungsstatthalteramt. Vom Regierungsstatthalteramt wurde die Sache dem Untersuchungsrichteramt überwiesen und von hier gelangte sie an das Richteramt Bern (Abteilung des Polizeirichters).

V.

Durch Urteil des Polizeirichters von Bern vom 21. August 1895 wurde Lina Merz von der Anklage auf Amtsanmassung (Art. 83 des

bernischen Strafgesetzbuches) freigesprochen und ihr eine Entschädigung von Fr. 15 zuerkannt.

Infolge der Appellationserklärung der Staatsanwaltschaft wurde die Sache der Beurteilung der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern unterstellt.

Durch Urteil vom 13. November 1895 hat die Polizeikammer Lina Merz der Amtsanmassung schuldig erklärt und zu fünfzehn Tagen Gefängnis verurteilt, die Verurteilte jedoch von Amtes wegen dem Grossen Rate des Kantons Bern zur „teilweisen" Begnadigung empfohlen.

VI.

Gegen dieses letztinstanzliche Strafurteil ist der von Fürsprecher Ernst Äbi in Bern namens der Verurteilten unterm 13. Januar 1896 ergriffene Rekurs an den Bundesrat gerichtet.

Indem in thatsächlicher Beziehung ohne weiteres, wie übrigens schon vor den gerichtlichen Instanzen, zugegeben wird, dass Lina Merz Besorgungen und Verrichtungen ausgeführt habe, wie sie in Ziffer 3, litt. *a*—*l*, der von der Polizeikommission der Stadt Bern am 12. Februar 1880 aufgestellten Instruktion vorgesehen sind, bringt die Rekursschrift in rechtlicher Beziehung folgende Erörterungen:

Die in der Instruktion limitativ aufgezählten Funktionen der Leichenbitterinnen sind im Grunde genommen gewöhnliche Botendienste; ibre Verrichtung setzt keine besondern Kenntnisse voraus; die öffentliche Ordnung und das öffentliche Wohl sind dabei nicht wesentlich mehr beteiligt als bei der Mehrzahl der einem Gewerbetreibenden erteilten Aufträge; das darf auch in Hinsicht auf die unter litt. *a* der Ziffer 3 der Instruktion vorgeschriebene „sofortige Anzeige des Todesfalles an das Civilstandsamt" gesagt werden.

Die Rekursschrift vermag den Leichenbitterinnen ebensowenig Beamtenqualität zuzuerkennen als den Kaminfegern, bei welch letzteren die bernische Polizeikammer unter Hinweis auf Art. 31 der Bundesverfassung das Vorhandensein dieser Eigenschaft ausdrücklich verneint hat; sie erblickt in dem Urteil der Polizeikammer eine Verletzung der Gewerbefreiheit, die durch die kantonale und die eidgenössische Verfassung gewährleistet ist, insbesondere des Grundsatzes, dass die Ausübung eines Berufes nicht durch Aufstellung einer Maximalzahl von Konkurrenten beschränkt werden darf.

Art. 31 der Bundesverfassung, Art. 81 der bernischen Staatsverfassung, § 3 des bernischen Gesetzes über das Gewerbewesen enthalten gewisse Vorbehalte gegenüber der Gewerbefreiheit, aber unter keinen derselben lässt sich der Beruf der Leichenbitterinnen unterbringen, und es ist auch nicht einzusehen, warum es zu seiner Ausübung einer besondern Bewilligung des Staates bedürfen sollte. Das Gemeinwohl erfordert dies entschieden nicht.

VII.

Zur Vernehmlassung eingeladen, übermittelte der Regierungsrat des Kantons Bern mit Schreiben vom 15. Februar 1896 eine Zuschrift der Polizeikammer vom 29. Januar 1896, in welcher dieser Gerichtshof vorerst auf die Motive seines Urteils verweist und sodann gegen die Bemerkung der Rekursschrift sich verwahrt, wonach das angefochtene Urteil betreffend die Leichenbitterinnen im Widerspruch stände mit dem Urteil (vom 29. Mai 1890) betreffend die Kaminfeger. Die Polizeikammer spricht sich darüber aus wie folgt: „Während bei den Kaminfegern der Gesichtspunkt des Gewerbes vorherrscht, überwiegt umgekehrt bei den Leichenbitterinnen derjenige des Amtes, und dies zwar aus dem Grunde, weil die Bundesverfassung selbst in Art. 53, Alinea 2, das Begräbniswesen als Sache der „bürgerlichen Behörden", bezw. als einen Zweig der öffentlichen (kommunalen) Verwaltung erklärt und weil die in Ausführung dieser Verfassungsbestimmung erlassenen kantonalen und ortspolizeilichen Erlasse das Institut der Leichenbitterinnen eben *mit* in die Organisation jenes Verwaltungszweiges des Begräbniswesens eingegliedert haben."

VIII.

Replicando hat hieranf der Anwalt der Rekurrentin unterm 6./20. März 1896 erwidert: A majori ad minus dürfte denn doch zu schliessen sein, dass die Leichenbitterinnen, deren Funktionen ja nicht einmal scharf abgegrenzt sind, noch weniger Beamtenqualität besitzen als die Kaminfeger.

Als gänzlich verfehlt bezeichnet die Replik die auf Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung gegründete Beweisführung. Der in dieser Verfassungsbestimmung enthaltene Grundsatz, welcher im Interesse des konfessionellen Friedens den bürgerlichen Behörden das Verfügungsrecht über die Friedhöfe einräumt und ihnen zugleich die Pflicht auferlegt, für schickliche Beerdigung Verstorbener besorgt zu sein, hat mit dem Institut der Leichenbitterinnen absolut nichts zu schaffen. Die Replik führt diesen Satz näher aus: Sowenig als der Pfarrer, welcher das Leichengebet hält, haben die Leichenbitterinnen mit dem Begräbniswesen zu thun. Mit demselben Recht und derselben Logik könnte man den Fuhrmann des Leichenwagens, die Verkäuferin von Totenkränzen, den Schreiner, der den Sarg liefert, u. s. w. zu Beamten stempeln. Alle diese Berufsklassen stehen mit dem Begräbniswesen in näherm Zusammenhang als die Leichenbitterinnen ..... Es ist wirklich nicht einzusehen, weshalb die Polizeikammer gegenüber dem in der Kantonsverfassung aufgestellten Grundsatz, dass die Feuerpolizei Sache der Gemeinde und des Staates sei, der Gewerkschaft der Kaminfeger die Beamtenqualität nicht zuerkennen will, obschon nach der Auffassung der Polizeikammer ein auch nur entfernter Zusammenhang zwischen einem Grundsatze der Verfassung und den Funktionen einer bestimmten Klasse von Gewerbetreibenden genügt, um diesen Beamtenqualität zu verleihen.

In Wahrheit, fährt die Replik fort, handelt es sich nicht einmal um einen konzessionierten Beruf, sondern um ein einfaches Gewerbe. Aber wenn es sich auch um einen konzessionierten Beruf handelte, so dürfte er zweifellos nicht in der von den Gemeindebehörden von Bern beliebten Weise geregelt werden. Insonderheit widerstreitet die Beschränkung der Zahl der Leichenbitterinnen dem Grundsatz der freien Konkurrenz. Die Aufstellung einer Normalzahl ist nicht mehr Konzession, sondern Monopol. Ein solches ist nicht einmal für den Beruf der Apotheker als zulässig erfunden worden. Die bernischen Reglemente, die nicht eine jede Person, welche bestimmte Requisite erfüllt, als Leichenbitterin konzessionieren, sind Verfügungen gleichzuachten, die den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit als solchen beeinträchtigen.

IX.

Eine vom eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartement an die Polizeibehörden der grössern Städte und Ortschaften der Schweiz gerichtete Anfrage hat ergeben, dass berufsmässige Leichenbitterinnen vielorts unbekannt sind, dass aber da, wo man sie kennt, die Besorgung ihrer Aufgaben meistens als ein freies Gewerbe betrachtet wird; an ganz wenigen Orten sind ihre Verrichtungen amtlich organisiert, mit oder ohne Zulassung der Privatkonkurrenz.

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Das angefochtene polizeigerichtliche Urteil hat zur prinzipiellen Grundlage die Auffassung, dass Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung die Polizeibehörden angewiesen habe, alles, was mit dem Begräbniswesen zusammenhängt, zu einem öffentlichen Dienste zu machen, dessen Besorgung nicht Privaten, sondern nur Amtspersonen, polizeilichen Angestellten, überlassen werden könne.

Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung hat aber keineswegs diese Tragweite. Er bezweckt nichts anderes als was sein Wortlaut besagt: die Leitung des Begräbniswesens durch die bürgerlichen Behörden, im Gegensatz zu der durch konfessionelle Rücksichten bestimmten kirchlichen Ordnung desselben. Wie der Bundesrat schon in seinem Berichte an die Bundesversammlung vom 24. Mai 1875, betreffend das Begräbniswesen in den Kantonen, bemerkt hat, ist es der Wille des Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung, „dass die Besorgung und Beaufsichtigung des Begräbniswesens ausschliesslich Sache der politischen Gemeinden sei". (Bundesbl. 1875, III, 21; v. Salis, Bundesrecht, II, Nr. 732.) Damit ist nun aber nicht gesagt, dass die politischen Gemeinden der Privatinitiative und der Privatthätigkeit in diesem Gebiete keinerlei Spielraum zu gewähren haben. Allerdings soll, der Natur der Sache nach und im Interesse der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Wohles, das

ganze Gebiet des Begräbniswesens der Aufsicht der bürgerlichen Polizeibehörden unterstellt sein, und es erscheint daher als durchaus gerechtfertigt, wenn die Behörden den Dienst der Leichenbitterinnen reglementieren, in Bezug auf die persönliche Qualifikation der diesen Dienst als Beruf betreibenden Personen, ihre Verrichtungen und deren Bezahlung genaue, der Lage der Trauerfamilie und der Würde der Leichenfeierlichkeiten angemessene Vorschriften aufstellen. In dieser Weise sorgt die Behörde dafür, dass dem Publikum in der That durch den Dienst der Leichenbitterinnen ein Dienst erwiesen wird. Die Polizeikommission der Stadt Bern hat dies durch ihre Instruktion vom 12. Februar 1880 gethan, und es liesse sich gegen den Inhalt ihrer Verordnungen, wie unter Ziffer 2 besprochen werden soll, im wesentlichen nichts einwenden, wenn sie nicht davon ausginge, dass der Dienst der Leichenbitterinnen als eine Amtsverrichtung zu betrachten sei und daher nur einigen von ihr ernannten Personen als Angestellten der Stadtpolizei gestattet werden könne.

Zur Begründung dieses Standpunktes kann sich die Polizeibehörde der Stadt Bern, wie dargethan wurde, nicht auf Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung berufen; sie kann aber auch nicht aus den im Kanton Bern geltenden staatlichen und der in der Stadt Bern eingeführten kommunalen Ordnung des Begräbniswesens oder aus der Natur und dem Inhalt der den Leichenbitterinnen obliegenden Verrichtungen die Berechtigung ihrer Auffassung herleiten und dieselbe gegenüber der Bestimmung des Art. 31 der Bundesverfassung, wonach Verfügungen über Ausübung von Gewerben den Grundsatz der Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen dürfen, aufrecht erhalten.

2. Das grossrätliche Dekret vom 25. November 1876, betreffend das Begräbniswesen, enthält keinerlei Bestimmungen, die sich auf den Dienst der Leichenbitterinnen beziehen; es erklärt im Eingange, dass es bezwecke, die §§ 3 und 4 des bernischen Gesetzes über das Kirchenwesen, vom 18. Januar 1874, und den Art. 53, Absatz 2, der Bundesverfassung auszuführen, stellt, diesem Zwecke entsprechend, im allgemeinen fest, dass das Begräbniswesen Ortspolizeisache sei, überlässt die Anordnung kirchlicher Feierlichkeiten, mit gewissen Beschränkungen, der Initiative der Hinterlassenen des Verstorbenen und erlässt sodann eingehende Vorschriften über die Benutzung und Anlage der Friedhöfe und die Beerdigung in denselben.

Die in Ausführung des Dekretes vom 25. November 1876 vom Gemeinderat der Stadt Bern aufgestellte Begräbnis- und Friedhofordnung für die Stadtgemeinde Bern, vom 29. Dezember 1879, deren hier wesentlich in Betracht fallende Bestimmungen unter Ziffer I hiervor wörtlich angeführt sind, betrachtet grundsätzlich die mit einem Todesfall verbundenen Anzeigepflichten — in Übereinstimmung mit dem Bundesgesetz über Civilstand und Ehe — als Sache der Familienangehörigen oder Hausgenossen, ebenso die Veranstaltung des Leichenbegängnisses und

der Beerdignng, sowie die Tragung der Kosten. Demgemäss legt die gemeinderätliche Verordnung denn auch niemand die Pflicht auf, die Veranstaltung nnd Besorgnng der Vorkehrungen für ein Leichenhegängnis nnd eine Beerdignng den Leichenbitterinnen zn übertragen, sondern stellt die Inanspruchnahme derselhen ausdrücklich dem Beliehen der Beteiligten anheim.

Damit hahen die administrativen Behörden des Kantons und der Stadt Bern anerkannt, dass der Dienst der Leichenbitterinnen nicht solche Verrichtnngen in sich begreift, die vermöge ihrer Natur und ihrer Wichtigkeit Amtsverrichtungen bilden müssen und daher der privaten Initiative nnd Besorgung nicht überlassen werden dürfen.

Es ist ohne weiteres klar, dass die Privaten, welche sich der Vermittlung der Leichenhitterinnen entschlagen nnd die hezüglichen Verrichtnngen nach freier Wahl entweder selbst besorgen oder dnrch andere Personen besorgen lassen, die sämtlichen einschlägigen polizeilichen Vorschriften ehen so genau zu heohachten oder für deren Befolgnng einzustehen haben wie die Leichenbitterinnen, und dass sie hierfür der polizeilichen Anfsicht gleich wie diese unterliegen.

Daraus ergiebt sich, dass die Leichenbitterinnen zwar der besondern Anfsicht der Polizeiorgane nnterstellt sein müssen, dass es aber unrichtig ist, ihnen die Eigenschaft von Beamten zuzuschreihen.

Eine nähere Betrachtung der in der Instrnktion der Polizeikommission vom 12. Februar 1880 den Leichenhitterinnen übertragenen Ohliegenheiten wird erweisen, oh gegen diese Auffassung etwas Stichhaltiges eingewendet werden kann.

a. Die allgemeine Vorschrift, dass die Leichenhitterinnen die jeweiligen polizeilichen Bestimmungen üher das Begräbniswesen kennen nnd sowohl selhst hefolgen als anch die Beteiligten darauf aufmerksam machen, eventuell Widerhandlungen dem Polizeiinspektor anzeigen sollen, kann ganz ehensowohl gegenüber Privaten, die sich einem polizeilich geregelten Berufe widmen wollen, aufgestellt werden.

b. Dass die Leichenbitterinnen die ihnen zugehenden Aufträge übernehmen nnd ansführen müssen, ist eine Pflicht, die sie mit einer Reihe von Gewerhetreibenden teilen; man denke an die Apotheker, deren Bernf ja dnrch einen förmlichen Bundesbeschluss (vom 23. Dezemher 1881) als der Wohlthat des Art. 31 der Bnndesverfassung teilhaftig erklärt worden ist, an die Gasthofwirte, denen die Pflicht der Aufnahme der Reisenden obliegt, n. a. m.

c. Unter den Verrichtnngen, welche die Instruktion der Polizeikommission von Bern ins Pflichtenheft der Leichenhitterinnen schreiht, hefindet sich nicht eine einzige, deren Ausführung den amtlichen Charakter der verpflichteten Person voranssetzen oder erheischen würde; wohl aher kann gesagt werden, dass für einzelne derselben eine behördliche Anleitung und Anweisung erforderlich ist; das gilt z. B. von der sofortigen Anzeige des Todesfalles an das Civilstandsamt, von der Angahe des

reglementarischen Masses des Sarges an den Totengräber und Leichenfuhrunternehmer, von der Anwendung der Tarifsätze bei der specifizierten Rechnungslegung, von der Einholung der polizeilichen Bewilligung für aussergewöhnliche Veranstaltungen. Diese besondern Erfordernisse vermögen jedoch der Thätigkeit der Leichenbitterinnen den Charakter einer gewerblichen Berufsausübung nicht zu benehmen, und nachdem bundesrechtlich sogar bei wissenschaftlichen und für das öffentliche Wohl eminent wichtigen Berufsarten, wie der Ärzte, Apotheker (vergl. v. Salis, II, Nr. 586 ff.), das gewerbliche Element des Berufes anerkannt worden ist, muss es doch wohl als ausgeschlossen gelten, für Leichenbitterinnen der wenigen polizeilichen Vorschriften wegen, die sie kennen müssen, den Charakter als Amtspersonen zu fordern und jegliche berufliche Konkurrenz zu verpönen.

3. Das Urteil der bernischen Polizeikammer vom 13. November 1895 hat seine Beweisführung auf einem Satz aufgebaut, der der Berichtigung bedarf. „Es liegt auf der Hand", sagt die Polizeikammer, „dass eine Polizeibehörde einen Teil des ihr zustehenden Aufsichtsrechtes über das Begräbniswesen nicht beliebigen Drittpersonen überlassen kann, sondern sie muss für solche Personen bestimmte Vorschriften aufstellen und dieselben einer genauen Kontrolle unterstellen. Dies geschieht in rationeller Weise nur dadurch, dass sie diese Personen als Angestellte wählt, ihnen amtlichen Charakter verleiht, so dass Dritte diese Funktionen nicht ausüben können, ohne sich der Amtsanmassung schuldig zu machen. Es hat daher die Polizeibehörde behufs Aufrechterhaltung der Ordnung im Begräbniswesen ein wesentliches Interesse daran, dass die Obliegenheiten der Leichenbitterinnen amtlicher Natur seien."

Gegen die Folgerichtigkeit dieses Gedankenganges liesse sich nichts einwenden, wenn der Ausgangspunkt ein richtiger wäre. Dies ist nun aber nicht der Fall. Das der Polizeibehörde zustehende Aufsichtsrecht erfordert zu seiner Ausübung nicht die Vornahme aller und jeder mit dem Begräbniswesen zusammenhängenden Handlungen und Vorkehrungen durch die Organe und Angestellten der Polizei. Das anerkennt, wie schon gesagt, auch die bernische Gesetzgebung über das Begräbniswesen, indem sie die Inanspruchnahme der Leichenbitterinnen den Privaten nicht vorschreibt, sondern nur gestattet. In der That stellen sich die die Präliminarien einer Leichenbestattung bildenden Verrichtungen der Leichenbitterinnen samt und sonders als Aufträge dar, welche von den Beteiligten ausdrücklich oder stillschweigend erteilt werden und für deren Ausführung durch Beamte oder Angestellte durchaus kein zwingendes öffentliches Interesse vorliegt, wie dies umgekehrt z. B. in Bezug auf den Leichentransport und den Beerdigungsakt selbst gesagt werden kann.

Es mag hier beinebens bemerkt werden, dass die Begräbnis- und Friedhofordnung der Stadt Bern vom 29. Dezember 1879 ganz und gar, auch in Hinsicht auf die Pflicht der Todesanzeige an das Civilstandsamt, auf diesem richtigen, durch das Bundesrecht im genannten Punkte übrigens

vorgezeichneten Standpunkte steht, während die Instruktion der Polizeikommission aus der Todesanzeige eine amtliche Pflicht der Leichenbitterinnen machen möchte, die auf keiner gesetzlichen Bestimmung beruht und welche die gesetzlich Verpflichteten nicht von ihrer Verantwortlichkeit zu befreien vermag.

Der bernische Gerichtshof geht demnach zu weit, wenn er aus dem unzweifelhaft richtigen Satze, dass eine Polizeibehörde ihr Aufsichtsrecht nicht beliebigen Privatpersonen übertragen kann, die Schlussfolgerung zieht, die Leichenbitterinnen, die ja unbestreitbar der Aufsicht und Kontrolle der Polizeibehörde unterstellt sein sollen, müssen amtliche Personen sein.

4. Aus dem Gesagten folgt, dass die Leichenbitterinnen in der Stadtgemeinde Bern schon nach kantonalem Recht nicht als Amtspersonen gelten können, und dass, wenn auch die Auffassung des kantonalen Gerichts der kantonalen Gesetzgebung entsprechen würde — was in massgebender Weise festzustellen freilich nicht Sache der Bundesbehörde ist — das Bundesrecht (Art. 31 der Bundesverfassung) verbieten würde, den Dienst der Leichenbitterinnen unter Ausschliessung jeder Konkurrenz zu einem auf eine bestimmte Zahl von Inhabern beschränkten Amte zu stempeln. Andererseits ist aus den bisherigen Erörterungen hervorgegangen, dass es nicht gegen Bundesrecht verstösst, wenn die Polizeibehörden die Ausübung des Berufes einer Leichenbitterin nur solchen Personen gestatten, welche die wünschbare persönliche Garantie für eine würdige, der Sache angemessene Erfüllung der einschlägigen Obliegenheiten und für genaue, gewissenhafte Befolgung der polizeilichen Vorschriften darbieten, und dass in diesem Sinne gegen den Inhalt der Instruktion der bernischen Polizeikommission vom 12. Februar 1880, sobald Ziffer 1 derselben entsprechend abgeändert wird, wesentlich nichts zu bemerken ist. Selbstverständlich muss die Anwendung der Kontroll- und Aufsichtsrechte der Polizeiorgane von jeder Willkür frei sein; andernfalls würde sie einer thatsächlichen Beeinträchtigung des durch Art. 31 der Bundesverfassung gewährleisteten Rechtes des freien Wettbewerbes im Gebiete des Gewerbewesens gleichkommen.

Es kann also wohl gegen die Ausübung dieses Berufes ohne polizeiliche Bewilligung eine Ordnungsstrafe verhängt, nicht aber darf jemand, der ohne polizeiliche Bewilligung berufsmässig den Leichenbitterdienst versieht, wegen Amtsanmassung, d. h. nach der Ausdrucksweise des bernischen Strafgesetzbuches (Art. 83) „wegen unbefugter Einmischung in öffentliche Civil- oder Militäramtsverrichtungen oder Vornahme einer in diese Verrichtungen einschlagenden Handlung“ bestraft werden.

Demnach wird beschlossen:

1. Der Rekurs ist begründet.

2. Infolgedessen wird das gegen die Rekurrentin ausgefällte Strafurteil der Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern vom 13. November 1895 aufgehoben.

7. Rekurs des Melchior Brog-Baumann in Eisenbolgen bei Meiringen gegen ein Urteil der Polizeikammer des Kantons Bern, betreffend das Verbot der Ausfuhr von Losholz.

(Vom 17. November 1896.)

A.

In thatsächlicher Beziehung wird festgestellt:

1. Am 1. März 1886 hat die „Bäuert" Meiringen ein Forstreglement über die Bewirtschaftung und Benutzung ihrer Waldungen aufgestellt, welches am 18. Mai 1887 die Genehmigung des Regierungsrates des Kantons Bern erhielt. In § 18, Absatz 2, desselben heisst es: „Ganz untersagt ist die Ausfuhr von rohem Holz ausser den Amtsbezirk, bei einer Busse von Fr. 5 bis Fr. 100, in welche der Verkäufer verfällt, nebst Schadenersatz."

2. Auf Grund dieser Bestimmung wurde Melchior Brog-Baumann, Mitglied der „Bäuert" Meiringen, durch Urteil des Polizeirichters von Oberhasle vom 22. Januar 1896 zu Fr. 30 Busse, Fr. 12 Entschädigung an die „Bäuert" Meiringen und Fr. 2. 80 Kosten an den Staat verurteilt, weil er zugestandenermassen 14 Festmeter Losholz aus der „Bäuert" Meiringen, das er von verschiedenen Privaten aufgerüstet gekauft hatte, und dessen Herkunft als Losholz er kannte, aus dem Amtsbezirk Oberhasle ausgeführt hatte.

3. Brog-Baumann appellierte an die Polizeikammer, welche am 25. April das erstinstanzliche Urteil bestätigte. Es könne mit Grund nicht behauptet werden, fand das Gericht, dass durch das Ausfuhrverbot, welches als forstpolizeiliche Schutzmassregel innerlich wohl begründet erscheine, der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit beeinträchtigt werde.

4. Gegen dieses Urteil hat Brog-Baumann den Rekurs an den Bundesrat ergriffen, unter Anführung nachstehender Gründe: Das im erwähnten Forstreglement enthaltene Ausfuhrverbot verstösst gegen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit. Das Losholz geht mit der Verteilung in das Privateigentum des Nutzungsberechtigten über. Dieser kann in seiner Dispositionsbefugnis nur durch Verfügungen beschränkt werden, die gemäss Art. 31, litt. *e*, der Bundesverfassung den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen; solche Beschränkungen können sich aber nur auf die Person des Gewerbetreibenden beziehen, nicht auf den Gegenstand des Gewerbes. Übrigens habe der Rekurrent das Losholz erst aus zweiter und dritter Hand bezogen, so dass es also ein Gegenstand des freien Verkehrs geworden war.

5. Die Regierung des Kantons Bern beruft sich in ihren Gegenbemerkungen zum Rekurs auf die Entscheide der Bundesversammlung über ähnliche Fälle aus dem Jahr 1861, denen die Auffassung zu Grunde

liege, die Waldgenossenschaften seien nicht verpflichtet, ihr Eigentum gegen ihren Willen dem allgemeinen Verkehr zu übergeben; ihre Verordnungen charakterisieren sich als Ausfluss der im Eigentum enthaltenen Verfügungsbefugnisse.

B.

In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Die kantonalen Behörden sind berechtigt, die vom Interesse des Landes geforderten forstpolizeilichen Vorschriften über die Bewirtschaftung der Waldungen aufzustellen; solche Vorschriften verletzen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht.

2. Das vom bernischen Regierungsrat genehmigte Forstreglement der „Bäuert" Meiringen hat im allgemeinen zum Zwecke die Erhaltung des Waldes; das in Art. 18 enthaltene Ausfuhrverbot steht wohl mit diesem Zwecke insofern im Zusammenhang, als diese Vorschrift dahin wirken soll, dass das einheimische Holz vor allem dazu diene, den Bedarf der einheimischen, auch der ärmern, Bevölkerung in natura zu decken und ihr so jeden Vorwand zu weiterer Inanspruchnahme des Waldes zu nehmen, ein Zweck, der forstpolizeilicher und volkswirtschaftlicher Natur ist.

3. Ob eine Einschränkung der Handels- und Gewerbefreiheit aus dem in Ziff. 2 näher charakterisierten Grunde als zulässig erachtet werden kann, mag hier unerörtert bleiben, da folgender Gesichtspunkt im vorliegenden Falle von massgebender Bedeutung ist:

Das fragliche Forstreglement ist von der „Bäuert" Meiringen, einer burgerlichen Korporation, erlassen worden; es regelt die Benutzung der in ihrem Eigentum befindlichen Waldungen. Die „Bäuert" Meiringen ist vom verfassungsrechtlichen Standpunkt aus unzweifelhaft kompetent, den Inhalt und den Umfang der Nutzungsrechte an ihrem Eigentum zu bestimmen. Der Bundesrat und die Bundesversammlung haben sich in frühern Entscheiden wiederholt in diesem Sinne ausgesprochen (vgl. Ullmer II, Nr. 735—739), u. A. am 27. Januar 1880 über den Rekurs Matter (Bundesbl. 1880, I, 401), wo sich der Bundesrat dahin äusserte: „es verstossen sich die Bestimmungen über die Benutzungsweise von Genossengütern, insbesondere Verfügungen von Waldreglementen, Korporationsstatuten u. dgl. über Untersagung oder Beschränkung des Verkaufes von Genossenanteilen aus Korporationswaldungen keineswegs gegen die in Art. 31 der Bundesverfassung garantierte Handels- und Gewerbefreiheit, vielmehr seien sie als privatrechtliche zulässige Akte freier Willensbestimmung von seiten des Eigentümers, resp. der Korporation aufzufassen."

Wenn die gerichtliche Instanz das im Forstreglement der „Bäuert" Meiringen enthaltene Ausfuhrverbot auch auf dasjenige Losholz bezogen hat, welches nicht direkt von der „Bäuert" erworben wird, so ist vom verfassungsrechtlichen Standpunkte aus auch gegen diese Auslegung nichts

einzuwenden. Das Ausfuhrverbot ist demnach nicht nur eine Beschränkung des Nutzungsrechts der Genossen; in Bezug auf das aus zweiter oder dritter Hand erworbene Losholz begründet es eine selbständige genossenschaftliche Pflicht, welche die Korporation als Privatperson ihren Mitgliedern aufzuerlegen kompetent ist; als Bäuertsgenosse ist Brog-Baumann derselben unterworfen.

4. Der Bundesrat hat die weitere Frage nicht zu beurteilen, ob trotz der privatrechtlichen Natur des Ausfuhrverbotes die dasselbe sanktionierende Busse den Charakter einer öffentlichen Strafe beanspruchen könne.

Demnach wird beschlossen:

Der Rekurs des Melchior Brog-Baumann ist unbegründet und wird daher abgewiesen.

II. Eidg. Militärkassationsgericht. — Tribunal militaire fédéral de cassation.

Mitgeteilt von Oberst Dr. *Leo Weber* in Bern.

---

1. Jugement du 7 octobre 1895 concernant le pourvoi en cassation interjeté par Léonard Cornamusaz, célibataire, agent d'affaires au Sentier, Ier lieutenant au Bat. 5.

Exposé des faits.

A. Par jugement du 21 septembre 1895, le Tribunal militaire de la Ire division a condamné le prévenu Cornamusaz Léonard à la peine de cinq ans de réclusion, à la dégradation, à la privation des droits politiques pendant dix ans et aux frais — pour tentative de viol.

B. Ce jugement est fondé sur les faits suivants:

Le prévenu Cornamusaz était logé dans la nuit du 9 septembre au 10 september à Gollion (Vaud) chez les époux Chanel-Barreau. Le mari Chanel se trouvait lui-même au service comme dragon dans l'escadron I.

De retour d'une visite qu'elle avait faite à son mari, cantonné à Villars-Ste-Croix, dame Chanel était occupée à écrire dans sa chambre, lorsque le prévenu y entra à 11 heures du soir et lui demanda du papier pour écrire un rapport de ronde.

Comme elle le lui remettait, le Ier lieutenant Cornamusaz la pria d'écrire ce rapport sous sa dictée, dame Chanel y consentit, mais à peine avait-elle écrit le dernier mot qu'elle se vit saisie par derrière à la taille par le Ier lieutenant Cornamusaz qui l'assit de force sur ses genoux et l'embrassa.

Dame Chanel se défendit énergiquement, mais malgré cela, le prévenu la jeta sur le lit où il se plaça à son tour, continuant à la serrer à la taille et à l'embrasser en s'efforçant de la maîtriser.

Le prévenu alla, malgré les cris et les supplications de dame Chanel, jusqu'à porter sa main sous ses jupes, atteignant ses parties génitales et y introduisant le doigt.

Grâce à une défense désespérée, dans laquelle Cornamusaz eut l'oreille déchirée, grâce à ses cris, dame Chanel attira l'attention des soldats qui logeaient dans la grange, ce qui provoqua le départ du prévenu.

Considérant que ces faits constituaient à la charge du prévenu la tentative de viol, à teneur des art. 16 et 118 du C. P. M. — délit dont Cornamusaz a été déclaré coupable — le Tribunal militaire de la Ire division a rendu contre lui le jugement ci-dessus rappelé.

C. C'est contre ce jugement que le Ier lieutenant Cornamusaz a recouru lui-même et sans l'intervention de son défenseur, dans les délais prescrits par la loi, au Tribunal militaire de cassation.

Le recourant conclut:

1° A la nullité du jugement.
2° Subsidiairement à la libération pour fausse application de la loi.
3° Plus subsidiairement à une notable diminution de la peine.

Le recours est fondé sur les moyens suivants:

Au point de vue juridique, il n'y a pas en tentative de viol, mais seulement attentat à la pudeur, or, ce délit n'est pas prévu par le C. P. M., la cause aurait donc dû être renvoyée aux tribunaux civils.

Le délit, en vertu duquel Cornamusaz a été condamné, ne peut être poursuivi qu'ensuite de plainte, et celle-ci ne peut être déposée que par la personne lésée. Or, dame Chanel l'a retirée, par conséquent il ne pouvait y être suivi et le recourant ne pouvait être puni que disciplinairement.

La peine infligée est de beaucoup trop élevée. Le recourant allègue en outre le fait que sa détention l'a empêché de rechercher les preuves nécessaires à prouver son innocence.

D. L'auditeur de la division a conclu au rejet pur et simple du recours.

Motifs de droits.

I. Statuant sur le premier des moyens invoqués par le recourant et consistant à dire qu'il y a eu fausse application de la loi et que le délit relevé contre lui ne constitue pas la tentative de viol, mais bien l'attentat à la pudeur et que ce dernier délit n'est pas prévu par la loi fédérale sur la justice pénale pour les troupes fédérales du 24 août 1851, le Tribunal militaire de cassation a estimé que le recours n'était pas fondé et que le Tribunal militaire de la Ire division avait fait une saine application de la loi.

Il appert en effet des art. 16 et 118 combinés que la tentative de viol existe lorsqu'une personne dans le dessin de commettre un délit a fait un acte extérieur qui peut être envisagé pour le moins comme formant déjà un commencement d'exécution.

Les deux conditions exigées par la loi, le dessin ou l'intention de commettre un délit et l'acte extérieur formant déjà un commencement d'exécution, se retrouvent dans l'espèce.

Il est établi par le jugement du Tribunal militaire de la Ire division — en fait — que le recourant a tenté d'abuser de dame Chanel et qu'il y a eu un commencement d'exécution de sa part, cela résulte même de l'aveu du recourant et dans les termes suivants:

„J'ai voulu pousser les choses plus loin et passai ma main sous sa „robe, j'essayai en vain de la mettre sur le lit, elle se débattit et en „le faisant, m'égratigna l'oreille qui saigna et ensanglanta sa robe.“

L'intention de commettre un délit est une *question de fait* qui lie le Tribunal militaire de cassation et sur laquelle il ne saurait statuer à nouveau lorsqu'elle a été résolue, ainsi que c'est le cas dans l'espèce, par le Tribunal militaire de la division.

La question de savoir s'il y a eu attentat à la pudeur importe donc peu, et il n'y a plus lieu de l'examiner, puisqu'il est admis qu'il y a eu tentative de viol.

Le recourant prétend que le Tribunal de la Ire division a fait une fausse application de l'art. II, mais il ne dit pas de quelle loi il s'agit. Or, l'art. II de la loi du 27 août 1851 et le même article de la loi du 28 juin 1889 sont sans application dans l'espèce, l'un étant relatif à la privation des droits politiques et l'autre à l'organisation des tribunaux militaires.

II. Statuant sur le second moyen invoqué par le recourant et tendant à dire que le délit en vertu duquel il a été condamné ne peut être poursuivi qu'ensuite de plainte, le Tribunal militaire de cassation l'a déclaré mal fondé par le motif que la loi n'a point stipulé que le genre de délit reproché au recourant ne puisse être poursuivi que sur plainte de la partie lésée.

III. Le recourant allègue qu'en raison de sa détention il ne lui a pas été possible de rechercher toutes les preuves nécessaires à sa défense.

Le Tribunal militaire de cassation estime ne pouvoir entrer en matière sur ce motif de recours, attendu qu'à teneur de l'art. 118 L. O. et P. le recourant aurait dû, dans le cours des débats, présenter ses conclusions ou signaler les irrégularités dont il aurait pu avoir à se plaindre. Il résulte d'ailleurs du procès-verbal de l'instruction principale qu'il a été donné lecture, conformément à la loi, de l'art. 142, invitant le prévenu à présenter ses réquisitions tendant à compléter ses moyens de preuve.

IV. Le recourant demande enfin une notable diminution de la peine prononcée contre lui. Le Tribunal de cassation n'a pas qualité pour entrer

en matière pour ce motif de recours, attendu qu'il ne peut rendre un jugement définitif que s'il a cassé la sentence du premier juge pour fausse application de la loi (art. 194 L. O. et P.).

Il résulte d'ailleurs de la combinaison de l'art. 119, litt. *c*, qui punit de 10 ans de réclusion au maximum le viol sans circonstances aggravantes, avec l'art. 17 de la loi de 1851, qui punit la tentative au maximum de la moitié de la peine fixée pour le crime consommé, que le Tribunal de la I[re] division est resté dans les limites de la loi.

V. Le Tribunal de cassation décide également de ne pas entrer en matière sur un complément de recours en date du 5 octobre, adressé directement à son président, l'art. 189 L. O. et P. prescrivant un délai maximum de 3 jours au plus pour la rédaction *définitive* du recours et fixant toute une série de prescriptions concernant la procédure du recours, prescriptions qui seraient violées, s'il se nantissait de communications directes n'ayant pu être soumises à la partie adverse, ainsi que l'exige le même article.

Par ces motifs:

Le Tribunal militaire de cassation, à l'unanimité des membres,

déclare:

1° Le recours est mal fondé.

2° Le présent jugement sera communiqué à l'auditeur en chef, au recourant et au grand juge de la I[re] division.

2. Jugement du 18 octobre 1897 concernant le pourvoi en cassation interjeté par Edouard Jotterand, employé du cantinier Dind à Bière.

Vu le recours en cassation interjeté par Edouard Jotterand à Bière contre le jugement du tribunal militaire de la I[re] division, en date du 5 octobre 1897, le condamnant, en application des art. 131, 134, 135, lettres *a* et *b*, du code pénal militaire, à la peine de quatre mois de réclusion, trois ans de privation des droits politiques et aux frais liquidés à frs. 15. —.

Vu les conclusions du recours portant qu'il soit prononcé:

1° Que le jugement du 5 octobre est cassé, le Tribunal militaire étant incompétent.

2° Subsidiairement, que — dans le cas où la compétence dudit Tribunal serait admise — le jugement soit cassé comme incomplet en ce sens qu'il ne qualifie pas suffisamment le recourant, aux termes de l'art. I, lettre 7, de la loi du 28 juin 1889.

3° Plus subsidiairement, que le jugement soit cassé, aucun vol n'ayant été commis, tout au plus une simple tentative, et que la peine prononcée soit sensiblement diminuée.

Vu la réponse de l'auditeur de la Ire division concluant au rejet pur et simple du recours.

Attendu en fait

Qu'au moment où il a commis le délit en vertu duquel il a été renvoyé devant le Tribunal militaire de la Ire division — Edouard Jotterand était employé du cantinier Dind à Bière,

Qu'en cette qualité, il était chargé de ramasser les morceaux de pain abandonnés et d'enlever les lavures dans les cuisines du Bat. 6, où il avait libre accès en raison de ses fonctions,

Que le 26 september 1897, vers 7 heures du soir, il a dérobé un sac contenant 12 miches de pain, le tout taxé à frs. 5. 30, et qu'il n'a restitué ledit sac et son contenu que sur l'intervention d'un homme de garde qui l'a surpris emportant le produit de son larcin,

Statuant sur le premier des moyens invoqués par le recourant, moyen fondé sur l'alinea 3 de l'art. 188 de la loi du 28 juin 1889 ainsi libellé:

„La cassation ne peut être prononcée que dans les cas suivants:

„3° lorsque le tribunal s'est à tort reconnu compétent pour juger la cause au fond";

le Tribunal militaire de cassation,

Considérant qu'à teneur des dispositions de l'art. I, n° 3, de la loi du 28 juin 1889 sont seules soumises à la juridiction militaire de la Confédération et à sa législation pénale militaire, les *„personnes attachées à l'armée par une fonction spéciale de service"*, telle que service de poste, de chemin de fer et de télégraphe, constructions de chemins de fer, etc. etc., pour les actes qui concernent ces services,

Qu'à la vérité et contrairement à l'opinion énoncée par le recourant, le texte de la disposition susvisée n'apparaît pas comme revêtant le caractère restrictif qu'il lui prête,

Qu'il ressort en effet des termes „zum Beispiel" du texte allemand et „telle que" du texte français que la disposition de cet article ne saurait être limitée aux seuls services énumérés audit article,

Qu'on ne saurait toutefois en étendre la portée à la catégorie de personnes au nombre desquelles se trouve le recourant;

Considérant que la condition imposée par la loi pour justifier l'application de la juridiction militaire à toute personne ne faisant pas partie de l'armée consiste dans le *lien direct* qui rattache cette personne à l'armée,

Que Jotterand, simple domestique et employé d'un cantinier qui, lui, à la vérité, „est attaché à l'armée par une fonction spéciale de service," ne participe pas à cette qualité,

Que le vol qui lui est reproché n'a aucune connexité avec les fonctions auxquelles il devait la possibilité de pénétrer dans les cuisines de la caserne,

Que c'est donc à tort qu'il a été poursuivi militairement, quand bien même le vol a été commis en caserne et au détriment de la tronpe;

Considérant qne l'interprétation donnée à l'alinéa n° 7 de l'art. I apparaît comme d'antant plus fondée par la comparaison du texte de cet alinéa avec celui de l'alinéa n° 8, visant le cas de guerre et stipulant que „*tout individu*"qui „suit l'armée ou qui commet un délit contre les personnes appartenant à l'armée ou concernant des choses destinées à son usage" — est justiciable de la juridiction militaire, ce qui ne saurait être le cas en temps de paix que pour les personnes revêtant le caractère spécialement stipulé „d'attachées à l'armée par une fonction spéciale de service,"

Considérant qu'en présence de l'admission du premier des moyens de recours invoqués, il n'apparaît pas comme nécessaire d'entrer dans l'examen des deux antres,

le Tribunal militaire de cassation,

à l'nnanimité des voix,

prononce:

C'est à tort que le Tribunal de la Ire division s'est reconnu compétent pour juger la cause d'Edouard Jotterand;

En conséquence casse le jugement du 5 octobre dont est recours.

III. Kantonale Gerichte. — Tribunaux cantonaux.

Urteil

der

Polizeikammer des Appellations- und Kassationshofes des Kantons Bern

vom 27. Oktober 1897

in Sachen Ludwig Ganting wegen Fälschung.

Mitgeteilt von *W. Ernst*, I. Kammerschreiber des Obergerichts, in Bern.

Motive.

I. Den Akten ist zu entnehmen:

Am 10. September 1895 reichte die Erziehungsdirektion des Kantons Bern beim Regierungsstatthalteramt Bern gegen Ludwig Ganting Strafanzeige wegen Betrugs und Fälschung ein, gestützt darauf, derselbe verfertige im Ausland gefälschte Doktordiplome der Hochschule Bern und verwerte dieselben auf betrügerische Weise.

Infolgedessen wurde Ganting auf Ansuchen des Untersuchungsrichters von Bern am 7. November 1895 in Mainz verhaftet.

Der gegen ihn erlassene Verhaftsbefehl des Untersuchungsrichters von Bern vom 11. November 1895 lautet auf Fälschung und Betrug im Sinne der Art. 108, Ziffer 1, 104 und 231 des bernischen Strafgesetzbuchs.

In seinem Verhör durch die Staatsanwaltschaft in Mainz gestand Ganting, in England ein Doktordiplom der Berner Universität für William Vooght Ditcham, sowie einen Brief des Prof. Dr. Nippold an diesen letztern vom 24. März 1895 fälschlich angefertigt zu haben.

Auf gestelltes Begehren wurde von Deutschland die Auslieferung Gantings nach Bern bewilligt, und zwar, laut der bezüglichen Verbalnote des deutschen Auswärtigen Amtes, „soweit es sich um die Fälschung eines angeblich von der Universität in Bern ausgestellten Diploms und die Fälschung eines angeblich von dem Rektor der Universität herrührenden Briefes handelt". Dagegen werde die Auslieferung wegen der dem Ganting im Verhaftsbefehl überdies zur Last gelegten Fälschung des zur Untersiegelung des Diploms benutzten Siegels der Universität in Bern, als selbständiger Strafthat, verweigert, weil es sich diesbezüglich um ein im Auslieferungsvertrag vom 24. Januar 1874 nicht vorgesehenes Delikt handle.

Gestützt auf das Ergebnis der Voruntersuchung überwies hierauf die Anklagekammer des Kantons Bern Ganting unterm 23. Januar 1897 der Kriminalkammer des Kantons Bern unter der Anklage auf:

„1. Fälschung öffentlicher Urkunden, begangen dadurch, dass er Diplome der Universität Bern drucken liess und auf denselben die Unterschriften der Professoren Dr. F. Nippold als Rektor und Dr. C. Emmert als Dekan fälschlicherweise nachgemacht hat, wobei der gegenüber Ditcham eingetretene Nachteil den Betrag von Fr. 300 übersteigt und die gegenüber dem Staate Bern als Vertreter der Universität Bern durch die Fälschung verletzten Rechte keine bestimmte Schatzung zulassen. (Art. 108, Ziffer 1, Art. 112 St. G. und Art. 55 O. R.)

2. Fälschung einer Privaturkunde, begangen dadurch, dass er in einem Briefe an Mr. Ditcham in England, d. d. 24. März 1895, die Unterschrift des Professors Dr. Nippold als Rektor der Hochschule Bern fälschlicherweise nachgemacht hat, wobei der gegenüber Ditcham eingetretene Nachteil den Betrag von Fr. 300 übersteigt. (Art. 110, Ziffer 1, St. G.)"

Vor Einleitung des Hauptverfahrens erklärte nun Ditcham in einer vom 24. April 1897 datierten Zuschrift an das Untersuchungsrichteramt Bern, er lasse die ursprünglich gegen Ganting erhobene Strafklage fallen. Infolgedessen hob die Anklagekammer, da im Ausland begangene Delikte nur auf Antrag verfolgbar sind, ihren Beschluss vom 23. Januar 1897 auf und überwies den Ganting unterm 23. Juni 1897 dem korrektionellen Gericht von Bern wegen:

„1. Fälschung öffentlicher Urkunden, begangen dadurch, dass er Diplome der Universität Bern drucken liess und auf denselben die Unterschriften der Professoren Dr. F. Nippold als Rektor und Dr. C. Emmert als Dekan fälschlicherweise nachgemacht hat, wobei die gegenüber dem Staate Bern als Vertreter der Universität Bern und Professor Nippold durch die Fälschung verletzten Rechte keine bestimmte Schatzung zulassen. (Art. 112 St. G.)

2. Fälschnng einer Privaturknnde, begangen dadurch, dass er in einem Brief an Mr. Ditcham in England, d. d. 24. März 1895, die Unterschrift des Professors Dr. Nippold als Rektor der Hochschnle Bern fälschlicherweise nachgemacht hat, wobei die gegenüber Professor Nippold dnrch die Fälschnng verletzten Rechte keine bestimmte Schatzung znlassen. (Art. 112 St. G.)"

Gegen das ihn im Sinne dieser Anklage verurteilende erstinstanzliche Erkenntnis des korrektionellen Gerichts von Bern hat Ganting, sowie die Staatsanwaltschaft, appelliert.

II. In rechtlicher Beziehung fällt in Betracht:

1. Die dnrch den Rückzng der Strafklage Ditchams bewirkte Modifikation der ursprünglich gegen Ganting erhobenen Anklage ruft vor allem einer Prüfung der Frage, ob hinsichtlich der *nunmehrigen* Anklage der Grundsatz der Specialität der Anslieferung gewahrt ist.

In dem vorliegend zur Anwendung gelangenden deutsch-schweizerischen Anslieferungsvertrag vom 6. Juli 1874 ist dieser Grundsatz (in Art. 4, Al. 3) in der Weise normiert, dass der Ansgelieferte wegen eines im Auslieferungsvertrage nicht vorgesehenen Verbrechens oder Vergehens nicht in Untersnchung gezogen oder bestraft werden darf.

Massgebend ist demnach für die Beantwortung der gestellten Frage einzig nnd allein, ob die dermalen eingeklagten, von Ganting zngestandenen Delikte nach dem deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrag Anslieferungsdelikte sind.

2. Diesbezüglich ergiebt sich folgendes:

Die von der Urkundenfälschnng handelnde Ziffer 17 des Art. 1 des citierten Auslieferungsvertrages, welche vorliegend allein in Betracht fällt, bestimmt, dass die Auslieferung gewährt wird „wegen Fälschnng von Urkunden oder telegraphischen Depeschen, sowie wegen wissentlichen Gebranchs falscher oder gefälschter Urknnden und telegraphischer Depeschen, *vorausgesetzt*, dass *die Absicht, zu betrügen oder zu schaden*, obgewaltet hat".

Die Urkundenfälschnng ist mithin nnr Anslieferungsdelikt, wenn sie in diesem letzteren Sinne qnalifiziert ist. Der Thatbestand des Art. 112 des bernischen Strafgesetzbuches [1]) lässt sich nnn, vorausgesetzt, dass die *Absicht*, zu betrügen oder zu schaden, beim Thäter obgewaltet hat, sehr wohl unter Art. 1, Ziffer 17, des citierten Auslieferungsvertrags einordnen, da jedenfalls die Absicht, zu *schaden*, sich nach der für die Auslegnng des Auslicferungsvertrags wohl wesentlich in Betracht fallenden (vergl. Otto Töndnry, Die Auslieferungsverträge der Schweiz, Dissert., pag. 39) Auffassung des dentschen Strafrechts nicht bloss auf eine vermögensrechtliche, sondern anch auf eine Schädigung immaterieller Rechte beziehen kann (vergl. die im Kommentar von Olshausen zu § 268, Note 3, citierte

---

[1]) Art. 112 des bernischen Strafgesetzbuches lautet:

„Wer sich ausser den in diesem Abschnitt benannten Fällen hinsichtlich solcher Rechte eines andern, die keine bestimmte Schatzung zulassen, einer Fälschung schuldig macht, wird mit Gefängnis bis zu sechzig Tagen oder mit Korrektionshaus bis zu vier Jahren bestraft."

Litteratur). Allein *Thatbestandsmerkmal* des Art. 112 des bernischen Strafgesetzbuches ist die *Absicht*, zu betrügen oder zu schaden, *nicht*.

Im vorliegenden Falle war sie auch beim Angeschuldigten Ganting bezüglich der ihm dermalen noch zur Last gelegten Handlungen keineswegs vorhanden.

Denn wenn auch Ganting als Erfolg der eingeklagten Fälschungen vorausgesehen haben muss, dass die Personen, deren Namen er durch fälschliche Anfertigung ihrer Unterschrift missbrauchte, sowie die Hochschule Bern in immateriellen Rechten würden verletzt werden, so bildete doch dieser Erfolg *nicht* den Beweggrund und Zweck seines Handelns; derselbe lag vielmehr einzig und allein in der (vorliegend nicht mehr in Betracht fallenden) Erlangung eines Vermögensvorteils durch die betrügerische *Verwertung* der Fälschungen gegenüber *Ditcham*.

Die eingeklagten Fälschungen sind demzufolge *nicht* Auslieferungsdelikte im Sinne des deutsch-schweizerischen Auslieferungsvertrages.

3. Da mithin die Verfolgung und Verurteilung des Angeschuldigten wegen derselben den Grundsatz der Specialität der Auslieferung, welcher dem Angeschuldigten ungeachtet seiner Eigenschaft als Schweizerbürger zu statten kommt und auf dessen Beobachtung im vorliegenden Falle der ausliefernde Staat keineswegs etwa Verzicht geleistet hat, verletzt, so ist Ganting, in Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, freizusprechen.

4. Dagegen sind ihm, in Anwendung des Art. 343, Al. 3, St. V., die erstinstanzlichen Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, da er durch gesetzwidrige, ihm zum Verschulden anzurechnende Handlungen die gegen ihn geführte Untersuchung selbst veranlasst hat.

Von diesen Kosten sind immerhin die in erster Instanz seit dem Rückzug der Strafklage Ditchams erlaufenen im Betrage von Fr. 100 abzuziehen, indem die Strafverfolgung Gantings von jenem Zeitpunkte weg der gesetzlichen Grundlage entbehrte.

5. Ein Entschädigungsbegehren gegenüber dem Staate hat Ganting nicht gestellt.

Aus diesen Gründen hat die Polizeikammer

erkannt:

Ludwig Ganting wird von der Anklage auf Fälschung freigesprochen ohne Entschädigung.

Demselben werden in Anwendung des Art. 343, Al. 3, St. V. die erstinstanzlichen Kosten des Verfahrens auferlegt, abzüglich eines Betrages von Fr. 100.

Die Rekurskosten des Staates werden dem Staate auferlegt.

Litteratur-Anzeigen. — Bibliographie.

Dr. Adolf Lenz, *Die Fälschungsverbrechen in dogmatischer und rechtsvergleichender Darstellung. Erster Band: Die Urkundenfälschung. Stuttgart, Verlag von Ferdinand Enke, 1897. XVI, 256 Seiten.*

D:r J. C. W. Thyrén, *Förfalskningsbrotten med särskildt afseende paa det objektiva requisitet vid förfalskning af handlingar enligt svensk gällande straffrätt. Distribuent: Gleerupska Universitetsbokhandeln, Lund. 1895, VI, 236 Seiten. („Die Fälschung mit besonderer Rücksichtnahme auf das objektive Requisit bei Urkundenfälschung nach geltendem schwedischem Strafrecht.")*

Diese beiden neuesten Monographien über die Fälschungsverbrechen und speciell die Urkundenfälschung sind der allgemeinsten Beachtung zu empfehlen. Die zuerst genannte Arbeit dürfte neben Heranziehung des rechtsvergleichenden Materials und eingehender Erörterung der deutschen und österreichischen Rechtsprechung vielen endlich eine Lösung der Frage bringen, was alles als „Urkunde" aufzufassen sei, während die an zweiter Stelle genannte Arbeit mit ihrer wertvollen geschichtlichen Entwicklung der Lehre besonders im schwedischen Rechte, ihrer gründlichen Behandlung der objektiven Seite der Urkundenfälschung im jetzigen schwedischen Rechte nach Doktrin und Praxis, sowie eingehender Berücksichtigung der in den verschiedensten Ländern für die einzelnen Fragen adoptierten Systeme gleichfalls einen wichtigen Beitrag liefert.

Beide Verfasser stimmen darin überein, dass sie — wie jüngst Referent, S. 173 ff. dieses Bandes der Zeitschrift — von der „publica fides" ausgehen, indem ersterer in genauer Ausführung als Objekt des Verbrechens das allgemeine Vertrauen in die gesetzlichen oder verkehrsüblichen Beglaubigungsmittel für rechtlich erhebliche Thatsachen als ein selbständiges, an sich eines strafrechtlichen Schutzes bedürftiges Rechtsgut nachweist und neben der Urkunde als dem Beweismittel des Prozesses und des Verkehrslebens die ähnlichen Funktionen der Münze, der Grenz- und Wasserzeichen, der Masse und Gewichte, endlich der Warenbezeichnung in ansprechender Form (39—80) auseinandersetzt, letzterer dagegen (4—16) sich hauptsächlich der von Goos und danach vom Referenten vertretenen Auffassung eines Angriffs gegen die sociale Handlungsfreiheit anschliesst, wobei beide den Meineid als Delikt gegen die

Rechtspflege und die Warenfälschung als gemeingefährliches Verbrechen ausscheiden. Einleitungsweise behandelt *Thyrén* die Bedeutung der Irrtumserregung bei den verschiedenen Deliktsformen und die Abgrenzung der Urkundenfälschung gegenüber dem Betruge. In der Hauptfrage gehen die Verfasser verschiedene Wege, indem *Thyrén*, wenigstens nach positivem schwedischem Rechte, die Einheitlichkeit des Begriffs „Urkunde“ vertritt, *Lenz* dagegen die strengste Sonderung dessen, was er sehr glücklich „Prozessurkunde“ und andrerseits „Verkehrsurkunde“ nennt, fordert. Mit letzterer Aufstellung werden allerdings viele bisher unlösliche Schwierigkeiten beseitigt. Nach dieser Auffassung ist die „Verkehrsurkunde“ bestimmt zur Bekundung typischer Thatsachen von rechtlicher Bedeutung, wozu einerseits der Staat in gewissen Fällen öffentliche Beurkundung (obligatorische oder fakultative) einrichtet, während andrerseits in viel weiterem Umfange die Gesellschaft sich eine rechtserhebliche private Beurkundungsform schafft, und zwar nicht nur in Schriftstücken, wie sie bei Prozessurkunden vorliegen, sondern überhaupt in Gegenständen, und zwar durch einen Gedankenausdruck in konventionellen Zeichen für rechtlich erhebliche Thatsachen jeder Art. Hiernach fallen also allerdings alle jene „Karten und Marken des täglichen Verkehrs“, von denen ich oben S. 178 gesprochen und deren Ausscheidung ich empfohlen, auch der Stempel auf der Eisenbahnschiene der reichsgerichtlichen Entscheidung vom 19. April 1888 (E., XVII, 352 ff.) und sogar die Provenienzbezeichnung auf der Heringstonne der Entscheidung vom 12. März 1888 (ebenda, S. 282), unter den Begriff „Urkunde“. Dagegen ist „Mangel an Beweisbestimmung“ das Charakteristikum der „Prozessurkunde“ (41); hier kommt jede Schrift in Betracht, die eine für den einzelnen Rechtsstreit erhebliche Thatsache verkörpert, mag sie auch von vornherein gar nicht zum Beweise einer Thatsache bestimmt gewesen sein (46). Diese Auffassung wird auch als vereinbar bezeichnet mit der in § 267 D. R.-St.-G.-B. hervorgehobenen „Erheblichkeit der Privaturkunde zum Beweise von Rechten oder Rechtsverhältnissen“ (129—138). Als wichtiges Resultat wird gewonnen, dass das dem Adressaten zugestellte Telegramm eine mit öffentlichem Vertrauen in ihre Echtheit und Unverfälschtheit ausgestattete Zeugnisurkunde des Verkehrs (120) ist, welche Ansicht auch *Thyrén* in seiner 1895 erschienenen Schrift (180) vertritt.

Gegen eine so weite Ausdehnung des Urkundenbegriffs erklärt sich, wie oben S. 189 angeführt, meines Erachtens mit Recht, *Thyrén*. Er meint (114, Note 1), dass Schriftstücke, die durch zufällige Umstände eine gewisse Beweiskraft erlangen, wenn sie dazu verwendet werden, den Staat in seiner Rechtspflege irgend zu beeinträchtigen, höchstens unter anderer Rubrik durch eine Strafsanktion geschützt werden müssten, an sich aber ebensowenig Urkunden seien, wie irgend beliebig von Privaten im Verkehr mit Einzelnen gewählte Beglaubigungsmittel. Denn er hält — meines Erachtens mit vollem Recht — streng an dem Charakter des socialen Beweismittels fest und verlangt (nach positivem schwedischem Rechte wenigstens), dass das Schriftstück mit Sprachzeichen versehen sei, sich in bestimmter sprachlicher Form darstelle und ein Dokumentsthema aufweise. Immerhin scheint mir beiden Verfassern gegenüber das in diesem oder jenem Umfange aufgenommene Moment der „Beweis*bestimmung*“, überhaupt die ganze Seite der Beweiskraft noch einge-

hender Prüfung wert, was uns dann vielleicht doch noch zu der Einheitlichkeit des Urkundenbegriffs verhilft, wie einen solchen neuestens *Frank* in seinem trefflichen Kommentar zum deutschen Strafgesetzbuch, S. 329, aufstellt.

Beide Verfasser stimmen in den wesentlichsten Punkten darin überein, was den Begriff der Echtheit und den der Fälschung einer echten Urkunde betrifft, ebenso über die verschiedenen Fragen rücksichtlich der Bedeutung der Originalurkunde und einer Abschrift, wie der Duplikate. Genauer, als es sonst geschieht, scheidet *Thyrén* vier Arten der Fälschung: positiv-materielle und -immaterielle, negativ-materielle und -immaterielle, welche vier Formen sämtlich, was wohl hervorgehoben zu werden verdient, nur das norwegische Recht kennt, hierin abweichend vom schwedischen Recht, das als „Fälschung" nur den Missbrauch mit unechten Schriftstücken ohne Rücksicht auf die materielle Richtigkeit des unmittelbaren oder mittelbaren Beweisthemas auffasst (19) und intellektuelle Urkundenfälschung nicht kennt, ganz wie das dänische Recht (vgl. *Goos*, II, 34). — Für Urkundenerrichtung unter erdichtetem Namen bezeugt *Lenz* die in den meisten Staaten für Strafbarkeit dieses Verfahrens sich aussprechende Praxis (158), die auch jüngst — gegen *Pfizer* und den Referenten — von Dr. *Walter Rudolph* im „Gerichtssaal", LIV, 209 ff., vertreten worden ist. — Die von Privaten geübte intellektuelle Fälschung erachtet *Lenz* (218) als nicht strafbar, soweit nicht in gewinnsüchtiger Weise von der Urkunde Gebrauch gemacht wurde und wegen Betruges zu strafen ist; Falschbeurkundung in Handelsbüchern will er in besonderer Bestimmung als Übertretung gegen das Vermögen mit Strafe belegt wissen, vorbehaltlich strengerer Bestrafung des Gebrauches als Betruges. Ausstellung unrichtiger ärztlicher Zeugnisse über den Gesundheitszustand reiht er als Sonderdelikt mehr dem Betruge ein und sieht in Bewirkung einer unwahren öffentlichen Beurkundung ein Delikt, das in die Gruppe der gegen die staatliche Rechtspflege gerichteten zu stellen wäre (240). Hinsichtlich der wichtigen Frage, was als Vollendung des Delikts angesehen werden soll, entscheidet sich *Lenz* dafür, dass, wo dieser hierzu gefordert ist, der Gebrauch zu dem Zwecke erfolgen muss, dass der Destinatar von dem Urkundeninhalte Kenntnis nehme, und zwar durch seine eigenen Sinne (175), und erachtet dafür (145), dass die „Strafbarkeit schon der Fälschung allein durch den Hinweis auf die Gründe gerechtfertigt ist, welche *allgemein* für die Pönalisierung von Vorbereitungshandlungen sprechen. Ist die Notwendigkeit einer solchen Repression bei der Münzfälschung anerkannt, so zwingt schon die Analogie, den Urkunden als einem mit der Münze gleichwertigen Beglaubigungsmittel einen ebenso intensiven Schutz angedeihen zu lassen". Zu diesen Worten möchte ich einige Fragezeichen mehr setzen, als dies *Zucker* in seiner das hohe Verdienst dieser Schrift anerkennenden Besprechung im „Gerichtssaal", LIV, 459, that [1]). Nicht ganz so weit geht *Thyrén*, wenn

[1]) Es scheint mir auffällig, dass die russische Redaktionskommission, ganz ähnlich wie die belgische, die bei *Nypels*, Législation criminelle de la Belgique, II, 186, sehr gut begründete verschiedene Behandlung der Münz- und andrerseits der Urkundenfälschung verwarf und allerdings unter dem Drucke bisheriger Rechtsanschauung keinen Grund sah, vom System des geltenden Rechts abzugehen,

er den Nachdruck darauf legt (217), dass ein wirklicher Angriff des Beweismittels in dieser seiner Fnnktion stattfinden mnss, aber *de lege ferenda* Anfertignng in rechtswidriger Absicht für ein strafbares Verhalten erklärt, wobei nur wegen unvollkommener Realisierung die Strafe in wesentlich herabgesetztem Massstabe anzuwenden sei (218). — Über die subjektive Seite äussert sich *Lenz* S. 187—193; für den ansserprozessnalen Urknndenbeweis ist ihm allein entscheidend, ob die Urkundenform missbrancht wird, gleichgültig zu rechtlichen oder verbotenen Zwecken; dagegen muss die Prozessurkunde allerdings konkrete Beweiserheblichkeit besitzen; die rechtswidrige Absicht wird sich daher auf die Geltendmachung des eigenen oder die Beeinträchtigung des gegnerischen Rechtes erstrecken. Die Urkundendelikte wären bei gewinnsüchtiger oder schädigender Absicht zu qualifizieren, dagegen zu privilegieren die Fälschnng von Legitimationspapieren nnd Zengnissen zum Zwecke des besseren Fortkommens — welche Formulierung nicht ausreichen dürfte —, ebenso die Fälschung in der Absicht, sich ein Beweismittel für eine wahre Thatsache zu verschaffen, nnd die Verfälschnng in der Absicht, den Urkundeninhalt der Wahrheit gemäss abznändern (199—206, 255). Die Gefährlichkeit der Urkundendelikte rechtfertigt nach ihm die Anwendnng einer mittleren Freiheitsstrafe, womit bei schädigender nnd gewinnsüchtiger Absicht Geldstrafe nnd bei eingetretenem Schaden überdies Geldbusse zu verbinden wäre. Sie sind von Amtes wegen zn verfolgen.

Über einzelne Ausführungen wird sich erst urteilen lassen, wenn die zu gewärtigende weitere Pnblikation, der mit hohen Erwartnngen entgegenznsehen ist, erschienen sein wird. *A. T.*

Stroobant, *Louis, Directeur de la maison cellulaire de Malines. Notes sur le système pénal des villes flamandes du XVe au XVIIe siècle. Malines 1897.*

Ein Buch, das aus der Zeit nnd aus dem Lande des Jakobus Damhonderins an Hand archivalischer Dokumente die Strafrechtspraxis uns vorführt, beansprucht von vornherein nnser Interesse. Wir finden im Abschnitt „Snpplices“ viel Bekanntes, aber mit lokaler und persönlicher Färbnng. Bemerkenswert waren nns einige mitgeteilte Exeкntionen in effigie, nicht gegenüber Abwesenden, sondern gegen Anwesende aus Rücksicht für ihre hohen Familien! Besondere Belehrnng aber gewährt der zweite Teil: Les prisons, der nns in alle Details der Verwaltung und der Disciplin dieser Anstalten bis hinauf ins Mittelalter einführt nnd recht viel noch wenig Bekanntes zn Tage fördert. Die Figurentafeln, teils Faksimile alter Holzschnitte, teils Photographien von Mnseumsobjekten, erhöhen den Wert des Buches nicht wenig. Z.

---

und nur die bekannten Redewendungen von der Wichtigkeit der Urkunden im Rechtsleben, der Bedeutung im Civilprozess und der Gefahr, die mit Nachmachung von Urkunden verbunden ist, ins Feld führt. Vgl. Band V der „Motive“ (1894), S. 233 ff. Sehr kurz fiel auch (S. 180/181) die Begründung aus, warum die Kommission von ihrer früheren engeren Begriffsbestimmung abging und sich später für die Notwendigkeit der Aufnahme des weiteren Begriffes entschied. Die auch von mir (oben S. 176, Note) citierte Äusserung von *Garraud* scheint dazu mitgewirkt zu haben.

Meyer, Dr., Carl, *Kritische und vergleichende Darstellung der Strafverfolgung und Voruntersuchung nach den kantonalen Gerichtsorganisationen und Strafprozessordnungen. Im Entwurfe vom schweizer. Juristenverein 1896 preisgekrönt, seither umgearbeitet und mit dessen Subvention herausgegeben. Herisau 1897.*

Der schweizerische Juristenverein hatte noch nicht viel gethan für die Förderung der Kenntnis des schweizerischen Strafprozessrechtes. 1863 wurden die Fragen der Einheit oder Zweiteilung der Voruntersuchung, der Fragestellung an die Geschwornen und die Stellung der Geschädigten zur Diskussion gebracht, 1881 der Wert der Institution der Jury nach den Erfahrungen in den schweizerischen Kantonen, 1887 das interkantonale Auslieferungsrecht. Für das Jahr 1888 war die Preisaufgabe gestellt einer Darstellung des schweizerischen Auslieferungsverfahrens gegenüber dem Auslande, welche Aufgabe durch die Preisschrift von Herrn Dr. Berney ihre schöne Lösung fand. Sie diente dann als Vorarbeit für das Bundesgesetz über die Auslieferung vom 22. Januar 1892.

Es war daher durchaus gerechtfertigt, dass der Vorstand wieder einmal eine Arbeit auf dem Gebiete des Strafprozesses veranlasste durch die Preisausschreibung für 1896 mit dem Wortlaute des Titels der oben bezeichneten Schrift. Das Thema war etwas weit gefasst und weder die verfügbare Zeit noch die für Preisarbeiten gewünschte Bogenzahl boten für eine gründliche Bearbeitung einen genügend weiten Rahmen.

An der Preisbewerbung beteiligte sich u. a. der Verfasser der obigen Schrift. Der Berichterstatter des Preisgerichtes, Herr Oberrichter Meyer von Schauensee, anerkannte die gründliche Durchforschung der kantonalen Strafprozessgesetze, die Gruppierung in streng kritischer Weise nach den Grundsätzen des accusatorischen und inquisitorischen Prinzips, die einheitliche und logische Auffassung, welche den Verfasser das gesamte, weitschichtige, in sich selbst oft widerspruchsvolle Material in juristische Kategorien bringen liess.

Trotz dieses günstigen Urteils über den Inhalt hielt damals das Preisgericht, in Anbetracht der durch die oben erwähnten Umstände an sich entschuldbaren Mängel der Form, den Antrag für richtig, dem Verfasser nur einen zweiten Preis zuzuerkennen und sich weitere Verhandlungen über die Drucklegung auf den Zeitpunkt vorzubehalten, da die in Aussicht gestellte Umarbeitung vorgelegt werde.

Nunmehr liegt diese Umarbeitung gedruckt vor uns. Der Kritik des Preisgerichtes ist volle Rechnung getragen und es darf daher um so mehr das frühere lobende Urteil des Preisgerichtes hier wiederholt werden.

In zwei Teilen: I. Die Subjekte der Strafverfolgung und die Grundlagen derselben, II. Das Verfahren, wird der Verfasser der gestellten Doppelaufgabe gerecht, einmal die Strafverfolgung, das Offizialprinzip und seine Ausnahmen und die daraus sich ergebenden Vorschriften über den Anstoss zu Verbrechensverfolgung zur Darstellung zu bringen und sodann die Behörden und das Verfahren der Untersuchung zu schildern. Diese letzteren Ausführungen wurden einheitlich zusammengehalten durch die stete Beziehung derselben auf die Inquisitions- und Accusationsmaxime. Entscheidend ist dem Verfasser nicht die Stellung des Untersuchungs-

amtes im Behördenorganismus, sondern der Zweck der Untersuchung, ob Beschaffung des ganzen Prozessstoffes, so dass der Richter auf die Untersuchungsakten hin urteilt, oder lediglich Vorbereitung der Anklage, für die dann im Hauptverfahren dem Richter der Beweis zu erbringen ist. In einer kurzen Schlussbetrachtung stellt der Verfasser die Postulate eines rationellen schweizerischen Strafprozesses mit Bezug auf Strafverfolgung und Untersuchung auf. Er denkt sich eine einheitliche Untersuchung nach dem Accusationsprinzip mit weitgehender Wahrung der Rechte der Verteidigung, die insbesondere auch durch die Möglichkeit, richterliche Entscheidungen anzurufen, garantiert würden. Die Gebrechen des heutigen kantonalen Untersuchungsverfahrens wären indes kaum anders heilbar, als durch Zusammenfassung der Kräfte in der Rechtseinheit. Dieser ist auch das Werk gewidmet.

Die Vergleichung dieser Arbeit mit der Schrift von Ortloff über das deutsche Vorverfahren[1]) drängt sich von selber auf. Beide Verfasser führen ihre Forschungen systematisich nach streng juristischer Methode durch, beide stehen auf dem Standpunkte der konsequenten Verwirklichung des Accusationsprinzips und wünschen Erweiterung der Rechte der Verteidigung. Doch hat sich Meyer vor der einseitigen Betonung des Verteidigungsinteresses besser als Ortloff zu hüten gewusst. Dennoch wäre eine grössere Berücksichtigung kriminalpolitischer Postulate zu wünschen gewesen.

Das besprochene Werk ist ein wertvolles Hülfsmittel zum Studium des schweizerischen Strafprozesses; die Mitglieder des schweizerischen Juristenvereins, für welche der Vorstand die Anschaffung des Buches beschlossen, werden dasselbe gerne entgegengenommen haben. Der Verfasser ist sich bewusst, dass ohne eingehende Kenntnis der Praxis der geschriebene Gesetzestext oft in seiner Tragweite nicht ganz richtig erfasst werden kann; dem Leser, der etwas zur Berichtigung beitragen kann, wird der Verfasser dankbar sein. Möge recht bald der von ihm begonnene Aufbau eines schweizerischen Strafprozessrechtes durch Bearbeitung der noch übrigen Teile vollendet werden. Z.

Schollenberger, Dr. J., *Professor in Zürich. Grundriss des Staats- und Verwaltungsrechtes der Schweizerischen Kantone. II. Band: Das Verwaltungsrecht, innere Verwaltung. Zürich 1898.*

Eine strenge Systematik und eine äusserst knappe Darstellungsweise ermöglichten es dem Verfasser, das ungeheuere, gewissenhaft gesammelte Material in einem Bande von 363 Seiten, wovon sieben einem sehr praktischen alphabetischen Register gewidmet sind, zusammenzutragen. Allerdings blieb das Buch dabei ein Grundriss, der entweder den mündlichen Ausführungen des akademischen Lehrers ruft oder dann ein Nachschlagen der citierten Gesetzgebung erfordert, aber überall giebt der Grundriss dieser ins Einzelne gehenden Arbeit die Zusammenhänge mit dem Ganzen, die Übersicht über das Einzelne und die Anleitung zum Studium desselben.

[1]) *Ortloff*, das Vorverfahren im deutschen Strafprozess. Giessen 1893.

Es ist hier nicht der Ort, und der Berichterstatter wäre auch nicht der dazu Berufene, in eine Kritik des Buches vom Standpunkte des Verwaltungsrechtes aus einzutreten und dessen Notwendigkeit für den praktischen Politiker und Verwaltungsmann darzulegen. Dagegen wollen wir hier auf den Nutzen hinweisen, den der Kriminalist aus dieser Arbeit ziehen kann.

Zunächst für das Gebiet des Polizei- und Ordnungsstrafrechtes. In dem Buche finden wir die Systematik der Thatbestände, der Materien, für welche die Strafsanktionen bestehen. Besonders ausgiebig sind die Abschnitte über Lebensmittel-, Medizinal-, Feuer-, Strassen-, Markt- und Hausier-Polizei. Meist sind damit summarische Angaben über die Strafmittel verbunden. Besondere Beachtung verdient das überaus traurige Gebiet der Armenpolizei im engern Sinne (Seite 83—86).

Weit bedeutender noch ist die Ausbeute für die Kriminalpolitik, welche ihr Hauptaugenmerk der Fürsorge des Staates für die am meisten gefährdeten Bevölkerungsklassen, Jugend und Arme, zuwendet. Da wird im Abschnitt über die Schule gesprochen von der Disciplin und ihren Mitteln, wie auch von den bemerkenswerten Anfängen, die Strafrechtspflege gegenüber der schulpflichtigen Jugend ganz oder teilweise der Schule zu übertragen (S. 184 ff.); es ist der Kinderhorte, Ferienkolonien, Verpflegung armer Schulkinder Erwähnung gethan. Specielle Ausführungen sind der Fürsorge für die „enfance malheureuse“ gewidmet (S. 79). Dann finden wir im Abschnitt Armenwesen insbesondere auch die Armenanstalten als Pflegeanstalten, wie Armen- und Waisenhäuser, Asyle, als Zwangsanstalten: Einsperrungslokale, Besserungsanstalten für Kinder, Korrektionsanstalten für Erwachsene. Schliesslich einige Notizen über die Verwendung des Alkoholzehntels durch die Kantone (S. 317).

Wir wünschen, dass das nützliche Werk recht bald in seinen übrigen Bänden erscheine und insbesondere auch, dass die gegebenen Anregungen zu Einzelnbearbeitungen in dem grossen, durch den Verfasser erschlossenen Gebiete auf fruchtbaren Boden falle. Z.

Strafrechtszeitung. — Nouvelles pénales.

Strafrecht.

Novelle zum Zürcher Strafgesetzbuch betreffend Verbrechen gegen die Sittlichkeit. Der *Gegenvorschlag des Zürcher Kantonsrates zu dem Initiativbegehren betreffend Abänderung des Strafgesetzbuches,* dessen Wortlaut in dieser Zeitschrift, Seite 266, mitgeteilt worden ist, wurde in der Volksabstimmung vom 27. Juni 1897 mit 40,751 Ja gegen 14,710 Nein angenommen und dadurch zum Gesetze erhoben. Das Gesetz trat am 1. Jnli in Wirksamkeit. Die Schliessnng der öffentlichen Häuser sei rasch und ohne Schwierigkeit durchgeführt worden.

Strafgesetzgebung des Kantons Waadt. Ein Mitglied des Kantonsrates von Waadt, Herr Métraux, hat eine „Motion" eingereicht, welche dahin geht, es seien die Vorarbeiten für ein waadtländisches Strafgesetzbuch wieder aufzunehmen. Der Motionssteller verweist darauf, dass ähnlichen Motionen in den Jahren 1874, 1884 und 1888 im Hinblick auf den Erlass eines schweizerischen Strafgesetzbuches nicht Folge gegeben wurde. Allein diesen Grund erachtet Herr Métraux für den föderalistisch gesinnten Kanton Waadt nicht als stichhaltig. Die Bewegung für ein einheitliches Strafrecht habe übrigens abgenommen nnd der schweizerische Entwurf werde mit guten Gründen angegriffen (a été l'objet de très vifs et de très justes critiques).

Waadt solle das Beispiel des Kantons Neuenburg befolgen, dessen neues Strafgesetzbnch vortrefflich sei (très remarqué).

Das geltende waadtländische Strafgesetzbuch von 1842 sei, wenn es auch durch einige Novellen aufgefrischt wurde, veraltet. Eine Anzahl Bestimmungen desselben seien zu gelehrt für die Geschwornen oder nicht im Einklang mit den Anforderungen der Gegenwart. Die Härten und Mängel des geltenden Strafrechts schaden dem Ansehen der Justiz und der Rechtsordnnng. Da das Minimum der Strafe für viele Fälle zu hoch sei, so sprechen die Geschwornen nicht selten Angeklagte frei, deren Schuld erwiesen sei. Solchen Justizskandalen müsse ein Ende gemacht werden.

Die Motion wurde einer Kommission überwiesen.

Ein Strafgesetzbuch für den Kanton Appenzell I.-Rh. In der Sitzung des Grossen Rates vom 18. November 1897 berichtete Herr Landammann *C. Sonderegger* als Präsident der bezüglichen Specialkommission in betreff Aufstellung eines kantonalen Strafgesetzes:

„Nach mehrfachen fruchtlosen Versuchen, einen auswärtigen, allgemein anerkannten Kenner des Strafrechtes mit der Ausarbeitung eines Strafgesetzes für unseren Kanton zu betrauen, war die hierfür vom h. Grossen Rat bestellte Kommission auf sich selbst angewiesen und hat dann in verdankenswerter Weise Herr Kantonsgerichtspräsident Dr. Weydmann die Umarbeitung des im Jahre 1877 der Landsgemeinde vorgelegenen Entwurfes an die Hand genommen, um letztern den nunmehrigen Verhältnissen anzupassen. Bereits haben diesbezüglich einige Sitzungen behufs Besprechung der revidierten Vorlage stattgefunden. Wenn auch die Angelegenheit noch nicht so weit vorgeschritten ist, dass der neue Entwurf dem h. Grossen Rate unterbreitet werden kann, steht doch zu erwarten, dass das geschriebene Strafrecht für unsern Kanton der Landsgemeinde 1899 vorgelegt werden könne."

Der Rat erklärte sich durch diese Berichterstattung vorläufig als befriedigt.

Strafvollzug.

Redigiert von Strafanstaltsdirektor *J. V. Hürbin* in Lenzburg.

1. **Strafanstalt Neuenburg.** Dem Jahresberichte der Direktion pro 1895 entnehmen wir folgende Angaben:

Die Strafanstalt Neuenburg zählte im Jahre 1895 zu Anfang 86, am Ende 95 und im ganzen 213 Gefangene, wovon 76 kriminelle und 137 korrektionelle.

Eintritt. Eingetreten sind 127 Gefangene, 33 kriminelle und 94 korrektionelle.

Austritt. Ausgetreten sind 118, 19 kriminelle und 99 korrektionelle und zwar 112 (94,90 %) infolge Ablauf der Strafzeit, 4 (3,40 %) infolge Tod und 2 (1,70 %) infolge provisorischer Freilassung.

Heimat. Von den Eingetretenen waren 46 (36,22 %) Neuenburger, 67 (52,76 %) Schweizer anderer Kantone und 14 (11,02 %) Ausländer.

Alter. 3 (2,36 %) zählten unter 20 Jahre, 45 (35,43 %) 20—29 Jahre, 39 (30,70 %) 30—39, 22 (17,33 %) 40—49, 10 (7,88 %) 50—59 und 8 (6,30 %) 60—69 Jahre.

Civilstand. Von 127 Gefangenen waren 82 (64,56 %) ledig, 21 (16,54 %) verheiratet, 6 (4,72 %) verwitwet und 18 (14,18 %) geschieden.

Konfession. Protestanten 92 (72,40 %), Katholiken 29 (22,90 %) und Konfessionslose 6 (4,70 %).

Schulbildung. 5 (3,94 %) hatten keine, 112 (88,18 %) eine mittelmässige, 10 (7,88 %) eine gute Schulbildung.

Erziehung. 21 (16,54 %) hatten eine schlechte, 37 (29,13 %) eine ungenügende und 69 (54,33 %) eine gute Erziehung.

Vermögen. 125 (98,43 %) hatten keines, 2 (1,57 %) solches zu hoffen.

Beruf. Handwerker 62 (49 %), Land- und Erdarbeiter und Tagelöhner 52 (40,70 %), Dienstboten 8 (6,30 %) und Geschäftsleute 5 (4 %).

Vorstrafen. Zum erstenmal bestraft sind 84 (66,14 %), rückfällig 43 (33,86 %).

Art des Verbrechens. Gegen Gesundheit und Leben 12 (9,45 %), gegen die Sittlichkeit 4 (3,15 %), gegen Treue und Glauben 2 (1,56 %), gegen das Eigentum 64 (50,40 %) und Polizeivergehen 45 (35,44 %).

Strafdauer. Die niedrigste Strafdauer der im Jahr 1895 eingetretenen Sträflinge betrug 40 Tage, die höchste Strafe 4 Jahre. 30 Urteile lauten von 40

Tagen bis auf 2 Monate, 28 auf 3 Monate, 13 auf 4 Monate, 2 auf 5 Monate, 10 auf 6 Monate, 3 auf 7 Monate, 7 auf 12 Monate, 5 auf 18 Monate, 2 auf 20 Monate, 2 auf 2, 2 auf 2½, 19 auf 3, 1 auf 3½ und 3 auf 4 Jahre.

Disciplin. Von 213 Gefangenen mussten 79 (37 %) bestraft werden, somit 8 % mehr als im Vorjahre.

Verpflegungstage. Die Gesamtzahl stieg auf 29,011, der tägliche Durchschnitt also auf 79,48.

Gesundheitszustand beim Eintritt. Normal 122 (96,07 %), geschwächt 5 (3,93 %).

Verdienstrechnung. In 15,629 Arbeitstagen wurden Fr. 17,439. 45 verdient, also per Tag und Kopf Fr. 1. 11⁶. Der Verdienstanteil der Gefangenen belief sich auf Fr. 2145. 55 oder per Kopf und Tag 13,73 Rp.

Finanzielles Ergebnis. Einnahmen Fr. 24,194. 25, Ausgaben 81,097. 15. Den Ausfall von Fr. 56,902. 90 deckte der Staat. Auf einen Verpflegungstag berechnet betrug der Staatszuschuss Fr. 1. 96¼.

2. **Die Strafanstalt Lenzburg** zählte im Jahre 1896 zu Anfang 190, am Ende 197 und im ganzen 426 Gefangene: 377 männliche und 49 weibliche; 143 kriminelle, 226 korrektionelle, 40 Zwangsarbeiter, 10 Pensionäre und 7 Untersuchungsgefangene.

Eintritt. Eingetreten sind 236: 213 Männer und 23 Weiber.

Austritt. Ausgetreten sind 229, davon im Kanton Aargau Verurteilte 219 und zwar: 3 (1,82 %) infolge definitiver Begnadigung, 29 (13,24 %) infolge provisorischer Freilassung, 2 (0,91 %) infolge Tod und 185 (84,03 %) infolge Ablauf der Strafzeit.

Heimat. Von den Eingetretenen waren 156 (67,83 %) Aargauer, 35 (15,22 %) Schweizer aus andern Kantonen und 39 (16,95 %) Ausländer.

Alter. 41 (17,83 %) zählten unter 20 Jahren, 93 (40,43 %) 20—30, 46 (20 %) 30—40, 25 (10,87 %) 40—50, 16 (6,96 %) 50—60 und 9 (3,91 %) über 60 Jahre.

Civilstand. 159 (69,12 %) waren ledig, 63 (27,40 %) verehelicht, 4 (1,74 %) verwitwet und 4 (1,74 %) geschieden.

Konfession. 120 (52,18 %) reformiert, 101 (43,91 %) römisch-katholisch und 9 (3,91 %) christ-katholisch.

Schulbildung. 1 (0,43 %) besass keine, 81 (35,22 %) geringe, 113 (49,13 %) ziemlich gute und 35 (15,22 %) gute Schulbildung.

Erziehung. 71 (30,87 %) hatten eine ungenügende und 159 (69,13 %) eine ziemlich gute bis gute Erziehung.

Leumund. 18 (7,80 %) besassen vorher einen schlechten, 60 (26,10 %) einen getrübten und 152 (66,10 %) einen guten Leumund.

Vermögen. 10 (4,35 %) besitzen Vermögen, 33 (14,35 %) haben solches zu hoffen und 187 (81,30 %) sind arm.

Beruf. Handwerker sind darunter 127 (55,22 %), Land- und Erdarbeiter und Tagelöhner 49 (21,30 %), Fabrikarbeiter 15 (6,52 %), Dienstboten 16 (6,97 %), Beamte und Angestellte 13 (5,65 %), Geschäftsleute 7 (3,04 %) und Berufslose 3 (1,30 %).

Vorstrafen. Zum erstenmal bestraft sind 155 (67,39 %), rückfällig 75 (32,61 %).

Art des Verbrechens. Vergehen gegen Gesundheit und Leben 35 (15,22 %), gegen die Sittlichkeit 20 (8,70 %), gegen die Sicherheit 7 (3,03 %), gegen Treue und Glauben 27 (11,73 %), gegen das Eigentum 80 (34,80 %) und Polizeivergehen 61 (26,52 %).

Strafdauer. Die niedrigste Strafdauer der im Jahre 1896 eingetretenen Sträflinge betrug einen Monat, die höchste Strafe lautet auf lebenslänglich (2 W. wegen Giftmord); 7 Urteile lauten auf 1 Monat, 50 auf 1—2 Monate, 46 auf 3 Monate, 14 auf 4 Monate, 2 auf 5 Monate, 16 auf 6 Monate, 44 auf 7—12 Monate, 23 auf 1—2 Jahre, 16 auf 2—5 Jahre, 7 auf 5—10 Jahre und 2 auf lebenslänglich; unbestimmt ist die Strafzeit für 3 Zwangsarbeiter (Pensionäre).

Disciplin. Die Disciplin der Sträflinge war auch in diesem Jahre im allgemeinen gut. Von 426 Individuen mussten nur 107 (25 %) disciplinarisch verwarnt oder bestraft werden.

Verpflegung. Die Gesamtzahl der Verpflegungstage der Gefangenen betrug 69,600. Ein Verpflegungstag kostete 41 Rp. Es wurden im ganzen verwendet: Brot 53,776 Kilo, Rindfleisch 2000, Schweinefleisch 311, ganze Milch 24,352, Magermilch 17,280, Kartoffeln 20,975, Fett 1709, Mehl 850, Gries 949, Reis 1626, Bohnen 3696, Erbsen 1349, Hafergrütze 1957, Gerste 729, Öl 28, Maccaroni 666, Leguminose 959, Magerkäse 746, Kaffee 296, verschiedene Gemüse für Fr. 622 und Obst für Fr. 31.

Berechnet man den Nährgehalt der verbrauchten Nahrungsmittel, so ergeben sich durchschnittlich pro Kopf und Tag:

an Eiweiss	118	Gramm
an Fett	53	„
an Kohlehydraten	585	„

Gesundheitszustand. Auf 426 Gefangene kamen 66 Erkrankungen oder 15,49 %. Einmal erkrankten 53 Personen, zweimal 5, dreimal 1, zusammen 66.

Gestorben sind 2 Personen: eine an Blasenkatarrh und Urininfiltration und eine an krouposer Lungenentzündung mit pleuritischen Verwachsungen.

Korrespondenz und Besuche der Gefangenen. Briefe wurden abgeschickt 1068 und noch etwas mehr in Empfang genommen. Besuche 564.

Verdienstrechnung. Von den 12 Gewerben wurden bei auswärtigen Bestellern in 45,571 Arbeitstagen brutto Fr. 56,815. 29 verdient, also per Kopf und Arbeitstag Rp. 125, mit Hinzurechnung der Arbeiten für den Hausbedarf (Hausdienst und Garten- und Landbau: 10,905 Arbeitstage) Rp. 114.

Nach Abzug der Pekulien und Unkosten und mit Zuzug des Gewinnes auf den Materialien betrug der Netto-Verdienst von den auswärtigen Bestellern Fr. 62,376. 30 oder pro Tag und Kopf Rp. 137, und inklusive der zwei Gewerbe, Hausdienst und Garten- und Landbau Fr. 69,261. 30 oder Rp. 123 pro Tag und Kopf.

Der Verdienstanteil der Gefangenen belief sich auf Fr. 7386. 05 oder auf Rp. 13 pro Arbeitstag (1895: 12).

Finanzielles Ergebnis. Einnahmentotal Fr. 77,290. 53; das Ausgabentotal Fr. 106,381. 54. Den Ausfall von Fr. 29,091. 01 deckte der Staat. Auf einen Verpflegungstag berechnet betrug der Staatszuschuss 42 Rp.

Im Jahr 1895 belief sich der Staatszuschuss auf Fr. 32,863. 80, im Jahr 1894 auf Fr. 30,131. 55 und im Jahr 1893 auf Fr. 26,616. 04.

3. **Die Strafanstalt Zürich** zählte nach dem Jahresberichte der Direktion des Gefängniswesens im Jahr 1896 zu Anfang 216 Sträflinge, 14 Inquisiten und 4 Polizeiverhaftete; am Ende 228 Sträflinge, 11 Inquisiten und 12 Polizeiverhaftete; im ganzen 463 Sträflinge, 356 Inquisiten und 857 Polizeiverhaftete. Total also 1,676 Gefangene. Davon waren 1487 Männer, 189 Weiber, 136 Zuchthaus-, 273 Arbeitshaus-, 54 Gefängnissträflinge. 17 der Gefangenen waren Pensionäre.

Eintritt. Der Zuwachs bestand aus 247 Sträflingen, 342 Inquisiten und 853 Polizeiverhafteten. Total 1442 Gefangene.

Austritt. Ausgetreten sind 235 Sträflinge, 345 Inquisiten und 845 Polizeigefangene. Total 1425 Gefangene. Den Austrittsgrund weist der Bericht sonderbarerweise nur für 185 der Sträflinge nach, und zwar sind ausgetreten: 152 (82,16 %) infolge Ablauf der Strafe, 17 (9,19 %) infolge probeweiser Entlassung, 9 (4,87 %) infolge Versetzung, 2 (1,08 %) infolge Tod, 2 (1,08 %) infolge Begnadigung, 2 (1,08 %) infolge Kommutation und 1 (0,54 %) infolge temporärer Entlassung.

Heimat. Aus dem Kanton Zürich stammten 154 (37,38 %), Schweizer aus andern Kantonen waren 159 (38,59 %) und Ausländer 99 (24,03 %). Hier wie im folgenden giebt der Bericht nur über 412 Sträflinge Auskunft, während er als Total (siehe oben) 463 angegeben hatte.

Alter. 18 (4,36 %) unter 20 Jahre alt, 173 (41,99 %) von 20—30 Jahren, 116 (28,16 %) von 31—40 Jahren, 60 (14,57 %) von 41—50 Jahren, 34 (8,25 %) von 51—60 Jahren und 11 (2,67 %) über 61 Jahre.

Civilstand. 261 der 412 Sträflinge waren ledig (63,35 %), verheiratet 115 (27,91 %), verwitwet 16 (3,88 %), geschieden 20 (4,86 %).

Konfession. Reformiert waren 267 (64,80 %), katholisch 142 (34,47 %) und Israeliten 3 (0,73 %).

Schulbildung. 19 (4,61 %) hatten keine, 355 (86,17 %) eine primäre und 38 (9,22 %) eine mehr als primäre Schulbildung.

Erziehung. 64 (15,53 %) hatten eine schlechte, 187 (45,39 %) eine mangelhafte und 161 (39,07 %) eine gute Erziehung.

Vermögen. 364 (88,35 %) waren ganz vermögenslos, 38 (9,22 %) hatten Vermögen zu erwarten, 10 (2,43 %) waren im Besitz von Vermögen.

Beruf. Ohne Beruf 26 (6,31 %), Feld- und Roharbeiter, Fuhrleute, Fabrikarbeiter 114 (27,66 %), gelernte Handwerker 181 (43,93 %), Kaufleute, Fabrikanten, Commis 37 (8,98 %), Beamte, Lehrer und Ärzte 8 (1,94 %), Dienstboten 46 (11,17 %).

Vorstrafen. Zum erstenmal bestraft sind 148 (35,92 %), rückfällig 264 (64,08 %).

Art des Verbrechens. I. Verbrechen gegen den Staat und die öffentliche Ordnung 4 (0,78 %), II. Verbrechen gegen den Frieden 1 (0,19 %), III. Verbrechen gegen öffentliche Treue und Glauben 10 (1,95 %), IV. Verbrechen gegen die Sittlichkeit 91 (17,70 %), V. Verbrechen gegen Leben und Gesundheit 57 (11,09 %), VI. Verbrechen gegen das Vermögen 250 (48,64 %), VII. Betrug 85 (16,54 %), VIII. Verbrechen gegen die allgemeine Sicherheit von Vermögen und Personen 16 (3,11 %). Gesamtzahl der bestraften Verbrechen und Vergehen 514.

Strafdauer. 2 Urteile lauteten auf 2—6 Monate, 154 auf 6—12 Monate, 148 auf 1—3 Jahre, 59 auf 3—5 Jahre, 24 auf 5—10 Jahre, 13 auf 10—15 Jahre und 12 auf lebenslänglich.

Disciplin. Es wurden bestraft 119 Sträflinge (28,88 %) für 198 Disciplinarvergehen, 80 Sträflinge einmal, 20 zweimal, 19 drei- und mehrmals.

Die *Verpflegungstage* erreichten die Zahl von 91,422 für Sträflinge, Inquisiten und Polizeiverhaftete. Durchschnitt per Tag 250,3. Kosten für Nahrung per Kopf und Tag 46,8 Rp.; Gesamtkosten 194 Rp.

Gesundheitszustand. Die Zahl der Erkrankungsfälle betrug 122 mit 923 Krankheitstagen. Es kamen 2 Todesfälle vor infolge von Schrumpfniere und Hirnhautentzündung.

Verdienstrechnung. In 62,638 Arbeitstagen wurden Fr. 81,288. 33 verdient. Tagesverdienst pro Kopf 129,7 Rp. Die Sparkasse der Sträflinge erhielt davon als Verdienstanteil Fr. 6,563. 95, respektive pro Kopf und Tag 11,6 Rp.

Finanzielles Ergebnis. Netto-Einnahmen Fr. 94,387. 36, Netto-Ausgaben Fr. 177,559. 46. Der Staatszuschuss deckt den Ausfall von Fr. 83,172. 10; auf den Verpflegungstag berechnet beträgt er 91 Rp.

Waadt. Im Kanton Waadt denkt man daran, eine neue Strafanstalt zu erbauen. Herr Staatsrat Virieux, Chef des Justiz- und Polizeidepartements, macht bezügliche Studien und hat zu diesem Zwecke mehrere neuere Strafanstalten des In- und Auslandes besucht.

Polizei.

Zürcher Kantonspolizeicorps. In der Zürcher Volksabstimmung vom 27. Juni 1897 wurde ein *Gesetz betreffend das Kantonspolizeicorps* angenommen, dessen hauptsächlichste Neuerung die Vermehrung des Bestandes auf 160 bis 180 Mann, mit der Möglichkeit weiterer Vermehrung auf dem Wege des Kantonsratsbeschlusses, bildete. Diesem rein organisatorischen Gesetze folgte seither eine vom Kantonsrat genehmigte Verordnung des Regierungsrates. Die Verordnung enthält die Besoldungen und andere Ausführungsbestimmungen, spricht etwas vom Rekrutenunterricht, dem Fahndungsdienst und dem Dienste der auf dem Lande einzeln Stationierten, alles übrige dem Dienstreglement überlassend, das seiner Zeit durch die Polizeidirektion erlassen werden wird. Im Laufe der Gesetzesberatung war der Antrag gestellt worden, durch das Gesetz die Möglichkeit zu schaffen, dass junge Leute, die sich dem Untersuchungsrichteramt widmen wollen, bei der Polizei eine Art praktischen Vorbereitungsdienst durchmachen könnten. Der Polizeidirektor erklärte sich jederzeit gerne bereit, solche Volontäre auf der „Hauptwache" einzustellen und ihnen nützliche und interessante Arbeit anweisen zu lassen, aber weder das Gesetz noch die Verordnung hat etwas Sachbezügliches aufgenommen.

Massnahmen zur Vorbeugung gegen Verbrechen.

Bern. Armen- und Niederlassungsgesetz. Am 28. November 1897 hiess das Volk des Kantons Bern ein Gesetz über das Armen- und Niederlassungswesen gut, das in seinem zweiten Abschnitt *Massnahmen zur Bekämpfung der Armut* auf Grund des § 91 der Staatsverfassung anordnet. Da Massnahmen zur Bekämpfung der Armut gleichzeitig Massnahmen zur Vorbeugung gegen Verbrechen sind, so wird dieser Abschnitt im Anhang (S. 479) wörtlich mitgeteilt. Es ist ein besonderes Verdienst des Verfassers des Gesetzes, des Herrn Regierungspräsidenten *Johann Ritschard*, dass er die Bedeutung der Jugenderziehung für die Armenfrage mit staatsmännischem Blicke erkannt hat. Der § 89 des Gesetzes schliesst sich beinahe wörtlich an den schweizerischen Strafgesetzentwurf an und gestaltet denselben organisatorisch aus. Während jedoch das Kind nach dem schweizerischen Entwurf mit dem *vollendeten 14. Jahr* strafmündig wird, setzt das bernische Gesetz das Alter der Strafmündigkeit auf das *vollendete 15. Jahr,* also auf das *16. Jahr* fest. Die Erfahrung wird nun zeigen, ob sich diese reformatorische Neuerung bewährt. Wir hoffen es und erwarten es.

Leider drang Herr Ritschard mit seinem Vorschlage, Jugendliche von 15 bis 18 Jahren der Behandlung zu unterwerfen, wie sie der schweizerische Entwurf vorsieht, in der vorberatenden Behörde nicht durch. Es ist zuzugeben, dass diese Reform vielleicht zu weit ging, um anlässlich einer Armengesetzgebung eingeführt zu werden. Doch bildet schon der § 89 eine bedeutende Errungenschaft. Wenn diese Neuerung segensreich wirkt, werden auch die Bedenken gegen eine vorwiegend erzieherische Behandlung jugendlicher Personen reiferen Alters schwinden.

Personalnachrichten.

Strafhausdirektor J. V. Hürbin in Lenzburg beging im Sommer dieses Jahres sein 25jähriges Amtsjubiläum. Der Regierungsrat des Kantons Aargau richtete an ihn ein Schreiben, dem wir folgende Stellen entnehmen:

„Im Laufe dieses Sommers waren es 25 Jahre, seitdem Sie als Direktor „unserer kantonalen Strafanstalt im aargauischen Staatsdienste stehen. Sie haben „das Vertrauen, welches seiner Zeit die Wahlbehörde bei Ihrer Berufung an diesen „wichtigen und verantwortungsvollen Posten auf Ihre Person setzte, in jeder Be- „ziehung glänzend gerechtfertigt. Deshalb dürfen Sie heute an Ihrem Amts- „jubiläum mit hoher Befriedigung und Genugthuung auf diesen langen Zeitraum „eines ganzen Vierteljahrhunderts zurückblicken. Denn Ihrer eminenten Arbeits- „kraft, Tüchtigkeit und unentwegten Pflichttreue bei Bekleidung der schwierigen „Stelle ist es gelungen, die Anstalt, welche Ihrer Leitung unterstellt worden, zu „einer der angesehensten in unserm Gesamtvaterlande zu machen.

„Empfangen Sie hiermit für diese segensreiche Wirksamkeit zum Wohle „unseres Kantons im Namen des aargauischen Volkes unsern aufrichtigsten und „wärmsten Dank. Wir verbinden damit die herzlichsten Glückwünsche zu Ihrer „gegenwärtigen Jubelfeier und geben uns der Hoffnung hin, dass es Ihnen noch „recht lange vergönnt sein möge, Ihre ausgezeichneten Dienste unserm Staats- „wesen zu widmen.“

Auch der schweizerische Verein für Straf- und Gefängniswesen, dessen Leitung und Vereinsschrift der Gefeierte seit 1878 besorgt, benutzte den Anlass der Jahresversammlung, um seinem Centralpräsidenten zu seinem Jubiläum besten Glückwunsch auszudrücken.

Die „Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht“ schliesst sich dieser Ehrenbezeugung für ihren Mitarbeiter von Herzen an. Möge er noch lange Jahre in Gesundheit und Geistesfrische seiner vielfachen Wirksamkeit erhalten bleiben.

Z.

† **Direktor Kühne** ist am 14. November in St. Gallen gestorben; die hervorragende Stelle, welche derselbe auf dem Gebiete des Strafvollzuges in der Schweiz einnahm, rechtfertigt es, auch in diesem Blatte seiner zu gedenken.

Kühne wurde am 27. März 1808 in Rieden geboren, woselbst er die Primarschule besuchte. Seine Eltern betrieben Landwirtschaft, an welcher er jedoch keine grosse Freude hatte; er sass lieber über seinen Büchern und war bestrebt, sein Wissen zu erweitern. Seinem Streben und Wissensdrange hatte er es auch zu danken, dass er von seiner Heimatsgemeinde nach dem Tode des Lehrers zu dessen Nachfolger gewählt wurde. Die Lücken, die in seinem Wissen noch vorhanden waren, suchte man so schnell als möglich auszufüllen; während 2 Monaten kam er in die Lehre des Oberlehrers in Schännis, wo er die „Kunst des Schulhaltens“ erlernen musste. Trotz dieser Schnellbleiche ging es in der Schule, dank seinem eisernen Fleisse, ganz gut, und er erwarb sich die volle Zufriedenheit seiner Mitbürger. 1833 gab er die Lehrstelle auf, wurde Bezirksamtsschreiber von Gaster und 1835 Gemeindevorstand in Rieden. Mit seinen Neuerungen, die er auf den

verschiedensten Gebieten anstrebte, konnten sich jedoch seine konservativen Mitbürger nicht befreunden, so dass er 1837 nach St. Gallen übersiedelte, woselbst er vom katholischen Administrationsrat zu seinem Aktuar und Kanzleichef gewählt wurde. Dieses Amt bekleidete er bis 1857; seine liberalen Ansichten erregten auch da Anstoss, weshalb er bei einer Neuwahl übergangen wurde; seiner Überzeugung brachte er das Amt zum Opfer. Im Juli 1858 wählte ihn der Regierungsrat von St. Gallen zum Direktor der Strafanstalt in St. Gallen, und in dieser Stelle verblieb er bis zum 30. Juni 1888, um dann nach einem Leben voll Mühe und Arbeit in den wohlverdienten Ruhestand zu treten.

Bei der geistigen Regsamkeit Kühnes war es vorauszusehen, dass er sich mit aller Energie in sein neues Wirkungsfeld einarbeiten werde, und es ist ihm das auch in seltenem Masse gelungen. Mit grösster Gewissenhaftigkeit verfolgte er alle Fortschritte auf dem Gebiete des Strafvollzuges und was er für die ihm unterstellte Anstalt geeignet hielt, suchte er zu verwirklichen. Seine Gefangenen hielt er nicht nur in strenger Zucht und Ordnung, sondern er war ihnen auch ein freundlicher Berater und Helfer in der Not.

Seiner Initiative verdankt man in erster Linie die Reorganisation der Strafanstalt St. Gallen und die Einführung des Progressivsystems. Mit der durchgeführten Erweiterung der Anstalt konnte er sich freilich nie recht befreunden; sein Ideal war ein rationeller Neubau, und die Erfahrung hat ihm darin Recht gegeben.

Kühne war auch einer der Gründer des schweizerischen Vereins für Straf- und Gefängniswesen und dessen erster und vieljähriger Präsident. Schon damals trat er mit aller Entschiedenheit für die Vereinheitlichung des Strafrechtes ein und die Fortschritte, die diese Idee machte, erfüllten ihn mit grosser Freude. Leider war es ihm nicht mehr vergönnt, deren Verwirklichung zu erleben.

Dass Kühne auch lebhaften Anteil an der Bildung eines st. gallischen Schutzaufsichtsvereins für entlassene Sträflinge nahm und denselben nach Möglichkeit zu fördern suchte, liegt auf der Hand.

Auch nach seinem Rücktritte vom Amte verlor Kühne das Interesse für alles was direkt oder indirekt mit dem Strafvollzug zusammenhängt, nicht, wie er denn auch fortwährend der politischen Entwicklung seines engern und weitern Vaterlandes mit Aufmerksamkeit folgte. In seinem ganzen Leben freisinnig-demokratischen Anschauungen huldigend, stand er in allen Stellungen fest für seine Überzeugung ein, ohne Rücksicht darauf, ob ihm Vor- oder Nachteile daraus erwuchsen.

So sehen wir in Kühne einen wackeren Patrioten und einen unermüdlichen Arbeiter, stets bereit, das, was er für gut hielt, mit aller Wärme zu vertreten, einen Mann, dem nicht nur der Kanton St. Gallen, sondern die ganze Schweiz für das auf dem Gebiete des Strafvollzuges Geleistete zu grossem Danke verpflichtet ist.

H.

Anhang. — Supplément.

Kanton Bern.

Gesetz über das Armen- und Niederlassungswesen vom 28. November 1897.

Zweiter Abschnitt.

Massnahmen zur Bekämpfung der Ursachen der Armut (§ 91 Staatsverfassung).

I. Im allgemeinen.

§ 85. Es ist Aufgabe der Staatsbehörden im allgemeinen, sowie der mit dem Armenwesen betrauten Behörden im besondern, den Ursachen der Armut überhaupt, sowie in den einzelnen Gemeinden, Bezirken und Volksschichten nachzuforschen und auf Beseitigung derselben hinzuarbeiten. Der Staat unterstützt nach Massgabe seiner finanziellen Kräfte auch Werke und Bestrebungen, welche aus der Privatthätigkeit hervorgehen und diesen Zwecken dienen.

II. Im besondern.

1. Fürsorge für die vom Armenetat entlassenen Kinder.

§ 86. Mit der Entlassung der Kinder vom Armenetat hört die öffentliche Fürsorge für dieselben nicht auf; es ist vielmehr Pflicht von Staat und Gemeinden, darüber zu wachen, dass sich dieselben geistig und leiblich in naturgemässer und normaler Weise weiter entwickeln, vor Verirrungen bewahrt und Beschäftigungen und Berufsthätigkeiten zugeführt werden, welche ihren geistigen und leiblichen Kräften und Fähigkeiten entsprechen, um so in den Stand gesetzt zu sein, ein ehrbares Auskommen zu finden und nützliche Glieder der menschlichen Gesellschaft zu werden.

Die ihnen zu teil werdende Hülfeleistung ist in erster Linie eine ratende, moralische, wo es aber notwendig ist, auch eine materielle (finanzielle), je nach der Beschaffenheit des einzelnen Falles.

§ 87. Die weitere Ausführung des § 86 bleibt einem Dekret des Grossen Rates vorbehalten. In dasselbe sind auch zweckentsprechende Bestimmungen betreffend die Vormundschaft über die vom Etat entlassenen Kinder aufzunehmen.

2. Die Behandlung sittlich gefährdeter, verdorbener oder verwahrloster Kinder.

§ 88. Ist ein Kind, welches das 16. Altersjahr noch nicht zurückgelegt hat, sittlich gefährdet, verdorben oder verwahrlost, und erfordert sein Wohl, dass es in einer Familie versorgt oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt aufgenommen werde, so ordnet der Regierungsrat die geeignete Massnahme auf Antrag der Armendirektion an, wobei auch die Frage betreffend Entzug der elterlichen Gewalt zu ordnen ist.

Die Dauer dieser Massnahmen wird durch ihren Erfolg bestimmt. Das Kind verbleibt unter staatlicher Fürsorge, bis die sittliche Gefährdung gehoben ist oder es als gebessert angesehen werden kann; jedoch nicht über das Alter der Mehrjährigkeit hinaus.

Diese Bestimmungen können auch auf Kinder angewendet werden, welche sich ausserhalb des Kantons, aber innerhalb der Schweiz befinden.

§ 89. Ein Kind, welches eine strafbare Handlung begangen hat, jedoch zur Zeit der That das 15. Altersjahr nicht zurückgelegt hatte, wird strafrechtlich nicht verfolgt.

Die Strafverfolgungsbehörde überweist das Kind dem Regierungsstatthalter. Derselbe stellt den Sachverhalt fest und untersucht, ob das Kind sittlich gefährdet, verdorben oder verwahrlost sei und ob sein Wohl seine Versorgung in einer Familie oder die Aufnahme in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt erfordert. Er erstattet hierüber dem Regierungsrat Bericht und Antrag, der auf Grund des § 88 die geeigneten Massnahmen anordnet.

Ist eine solche Massnahme nicht geboten, so kann das fehlbare Kind durch die Schulkommission mit Schularrest oder mit Verweis bestraft werden.

§ 90. Der Grosse Rat ist ermächtigt, über die weitere Ausführung der in §§ 88 und 89 enthaltenen Bestimmungen ein Dekret zu erlassen.

3. Ausrichtung von Stipendien an arme Jünglinge und Mädchen zu Berufserlernungen.

§ 91. Für die Ausrichtung von Stipendien an arme Jünglinge und Mädchen zu Berufserlernungen wird ein jährlicher, durch das Budget zu bestimmender Kredit ausgesetzt. Ein angemessener Teil desselben ist zur Gewinnung, Heranbildung und Erhaltung tüchtiger Arbeitskräfte für den landwirtschaftlichen Betrieb zu verwenden.

Die weitere Ausführung dieser Bestimmung bleibt einer Verordnung des Regierungsrates vorbehalten.

4. Unterstützung von Ansiedelungen.

§ 92. Es ist den Gemeinden gestattet, aus der Spendkasse an einzelne Arme, sowie an arme Familien Beiträge zu Ansiedelungen innerhalb oder ausserhalb des Kantons zu verabfolgen. Beschlüsse der Armenbehörden hierüber unterliegen jedoch der Genehmigung der Armendirektion. Es sind derselben genaue Mitteilungen über die persönlichen Verhältnisse der Betreffenden, ihr Reiseziel, sowie ihre Reise- und Ansiedelungsmittel zu machen. Die Unterstützung ist nur zu verabfolgen, wenn vorauszusehen ist, dass dadurch ihre ökonomische Lage verbessert wird.



